



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

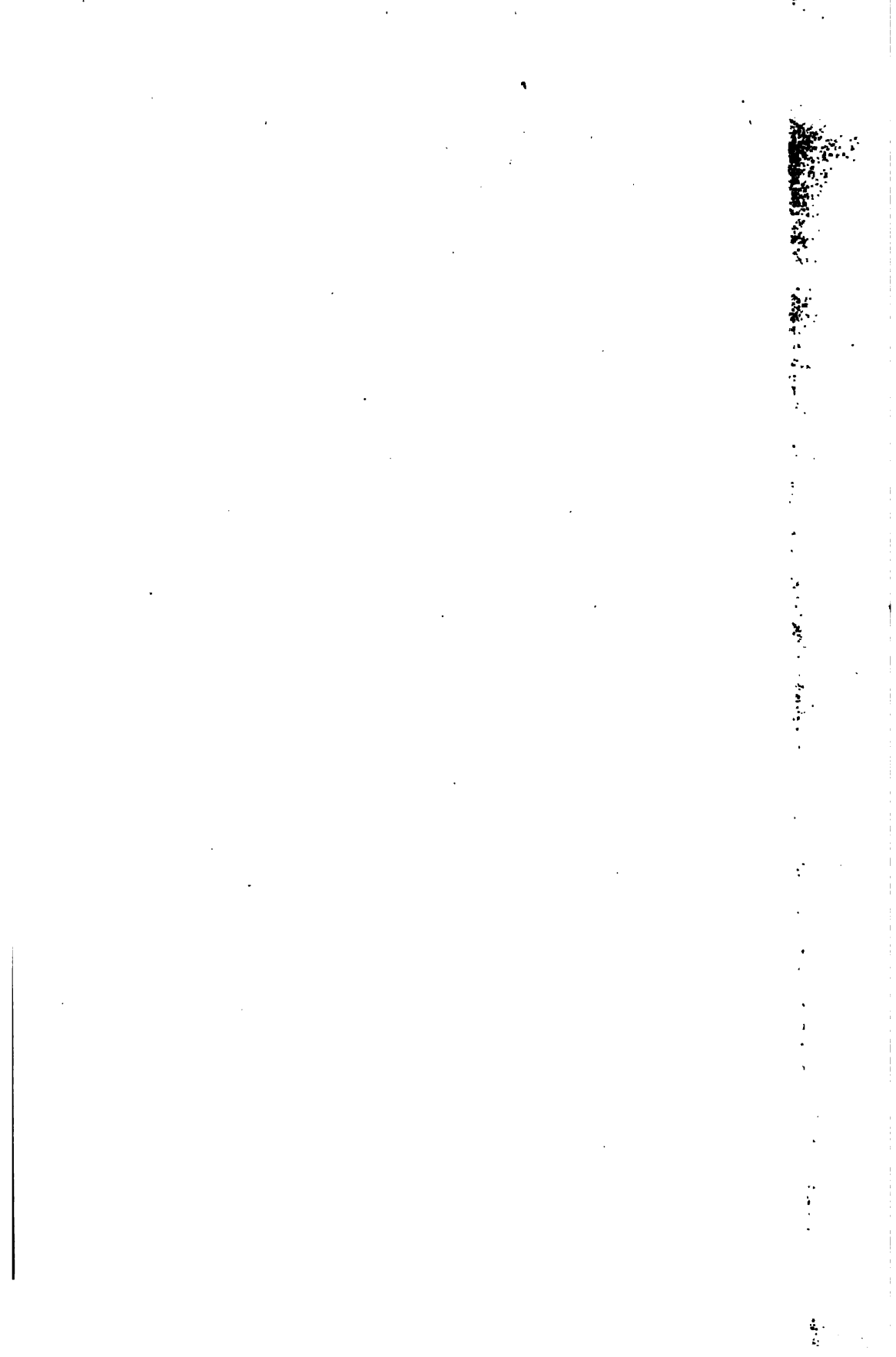
La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>



HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 20 1927

16517



COMMENTARIO
ALLE
P A N D E T T E

FEDERICO GLÜCK

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

LIBRO XXVIII

PARTE PRIMA

Tradotto e annotato

dall'Avvocato ALFREDO ASCOLI

Professore all'Università di Firenze



MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Disciplini, 15

1900

+

SEP 20 1927

LIBRO XXVIII *).

TITOLO I.

Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant

Con questo libro XXVIII comincia, secondo la distinzione delle Pandette divise da GIUSTINIANO in sette parti, la quinta parte, la quale contiene la dottrina dell'eredità testamentaria. Essa è intitolata per ciò *de testamentis* ³²⁾. Solo su questo diritto dell'eredità testamentaria io mi tratterò di preferenza in questo *Commentario*, avendo io già esposto la dottrina della successione intestata secondo il diritto romano antico e nuovo in altro mio scritto ben conosciuto. I concetti e i principii generali del diritto ereditario sono pure stati esposti da me in altri luoghi ³³⁾. Trattare nuovamente di questo sarebbe dunque una ripetizione del tutto inutile. Del resto così il diritto ereditario in genere, come in specie la parte testamentaria, sono già stati con molta diligenza elaborati da parecchi scrittori non solo antichi, ma anche, e specialmente, moderni. Gli scritti più importanti sono:

³²⁾ Vedi Const. *Tanta* § 6 *de Confirmatione Digestorum*.

³³⁾ Vedi questo *Commentario*, libro V, tit. II, §§ 536-543, pagg. 308-352 (Ediz. ted., vol. VI, pagg. 528-580) ed il mio *Trattato della successione intestata (Intestaterbfolge)*, § 1.

*) Tradotto ed annotato dal prof. avv. ALFREDO ASCOLI.

1.º Sulla storia di questa dottrina:

Edoardo GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* (Il diritto ereditario nel suo sviluppo storico universale), pubblicato anche sotto il titolo: *Das Roemische Erbrecht in seiner Stellung zu vor und nachroemischem. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte* (Il diritto creditario romano nei suoi rapporti col diritto preromano e postromano. Dissertazione di storia del diritto universale), vol. I, Berlino 1824, vol. II, Berlino 1825, vol. III, Stuttgart e Tubinga 1829. Questo 3.º volume porta pure il titolo: *Das Erbrecht des Mittelalters* (Il diritto ereditario nel medio evo) di E. GANS, Stuttgart e Tubinga 1829. — Fed. Carlo di SAVIGNY, *Beitrag zur Geschichte der Roemischen Testamente* (Contributo alla storia dei testamenti romani) nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista della scienza storica del diritto), vol. I, pag. 78-95, Berlino 1815. Del medesimo *Geschichte des Roemischen Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medio evo), vol. I, pag. 82 seg. vol. II, pag. 182-86. — I. H. DEENBURG, *Beitraege zur Geschichte der roemischen Testamente* (Contributi alla storia dei testamenti romani), Bonn 1821. — SPANGENBERG, *Beitrag zu der Lehre von Testamenten* (Contributo alla dottrina dei testamenti) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile) edito da LOEHR, MITTERMAIER e THIBAUT, vol. V, pag. 144-76. — Cristiano Guglielmo WALOH, *Dissertatio de mutata a Constantino M. testamenti iuris civilis forma*, Jena 1823. — Enrico Edoardo DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente* (Rassegna dei tentativi sin qui fatti di critica e di restituzione del testo dei frammenti delle XII Tavole). Lipsia 1821, pag. 320-42.

Letteratura antica:

C. THOMASII, *Dissertatio de origine successionis testamentariae*, Halae 1705. — *Dissertatio. Prima initia successionis testamentariae apud Romanos*, Halae 1705. — *Dissertatio de sensu legis decemviralis testamentariae*, Halae 1705. — J. G. HEINECCI, *Dissertatio de origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo ad L. 120 Dig. de verb. sign.*, Franc. 1726 in *Opusculorum variorum Sylloge*, Halae et Magdeburgi 1735. Exercitatio XXVII, pag. 970 1003. — J. HEUR. SUMMERMANNI,

Coniecturarum de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos specimen, I, Berolini 1735. — A. D. TREKELL, *Tractatus de origine atque progressu testamentifactionis, praesertim apud Romanos, cum praefatione* G. C. GEBAUER, Lipsiae 1739. — J. Joach. O. de BERNSTORF, *Analecta historica ad doctrinam testamentorum*, Gottingae 1775.

2.º Scritti esegetici:

Jacobi CUIACII, *Commentarii ad Tit. I-IV huius libri*, Opera, Hanoviae 1602, tomo II, pag. 204-58, ediz. di Napoli. — F. DUAREN, *Commentarius in lib. XXVIII, lib. XXXV, tit. 2*. Opera, Francoforte 1592, pag. 342-575. — Viglii ZUICHEMI, *Comm. in decem titulos Institutionum* (ex lib. II tit. 10-19), quibus omnia pene testamentorum iura eleganter et dilucide explicantur, Basiliae 1534. — H. T. PAGEN-STECHER, in *S. Pomponii iurisconsulti ad Sabinum de re testamentaria et de bonorum possessionibus libros quatuor commentarius*, Lemgoviae 1750. — A. F. RIVINI, *Dissertatio Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias in Institutionibus imperatoris Iustiniani repertas et notis illustratas exponens* (auctore Crist. G. THILO), Vitembergae 1752. — Ernesto Cristiano WESTPHAL, *Theorie des Roemischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit* (Teoria dei testamenti e del testatore, dell'erede e della forma e validità dei testamenti secondo il diritto romano), Lipsia 1790. — DEL MEDESIMO, *Systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten der Erben und dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln* (Commentario sistematico delle leggi riguardanti la confezione e l'apertura dei testamenti, l'accettazione e la rinuncia dell'eredità, i diritti e gli obblighi dell'erede, e le azioni possessorie e petitorie a sua difesa), Lipsia 1790. -- A. L. G. de REICHE, *Commentatio ad titulum Pandectarum, lib. XXVIII, tit. 1, qui facere possunt testamenta et quemadmodum testamenti fiant*, Gottingae 1796.

3.º Scritti dottrinali:

Hugonis DONELLI, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 4-28. — J. VOET, *Comm. ad Pandectus, ad lib. XXVIII-XXXVI*. — L. G.

MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus seu de iure hereditario*, Editio 2, Francof. ad Viadr. 1792. — SIEBENKEES, *Abhandlung von den Testamenten* (Dissertazione sui testamenti), Norimberga 1791. — OLAPROTH, *Abhandlung von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen* (Dissertazione sui testamenti, codicilli, legati e fedecommissi), 2.^a ediz., Gottinga 1797. — Sigismondo ZIMMERN, *Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts* (Sommario del diritto ereditario comune vigente in Germania), Heidelberg 1823. — Adolfo Carlo Enrico di HARTITZSCH, *Das Erbrecht nach römischen und heutigen Recht bearbeitet nach HAUBOLD* (Il diritto di successione nel diritto romano ed attuale esposto secondo HAUBOLD), Lipsia 1827.

4.° Scritti pratici:

Samuele STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum*, Halae 1738. — O. L. de EICHMANN, *Versuch über die Behutsamkeit beim letzten Willen* (Saggio sulle cautele da usarsi negli atti di ultima volontà), 2 parti, Halle 1783. — H. E. F. BOLLEY, *Drei und dreissig Aufsätze über Testamente, Erbschafts und andern Theilungen* (Trentatrè scritti sui testamenti e sulle divisioni d'eredità o d'altro), Stuttgart 1808. — E. H. A. PUNGE, *Theoretisch-practische Anleitung zur Abfassung letztwilliger Verfügungen* (Guida teorico-pratica per la confezione di atti di ultima volontà), Lemgo 1810.

5.° Scritti che trattano materie speciali del diritto testamentario:

J. PAGENSTEEHER, *Discussiones testamentariae*, Groeningae 1703. — Crist. Fed. HARPPECHT, *Lana satura rerum ad testamentarias leges attinentium*, Tubingae 1774. — G. D. HOFFMANN, *Observationes quaedam testamentariae*, Tubingae 1754. — C. G. HÜBNERI, *Disputationum iuris civilis liber primus (insunt Disputationes testamentariae)*, Jenae 1806. — I. A. SEUFFERT, *Erläuterung zu den Lehren des Erbrechts* (Spiegazioni sulla dottrina del diritto ereditario), Würzburg 1820 ^a).

a) Agli scritti qui enumerati devono aggiungersi i seguenti. VERING, *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung* (Il diritto ereditario romano svolto storicamente e dommaticamente), Heidelberg 1861. — TEWES, *System des*

§ 1399 a.

Concetto del testamento. Interpretazione della L. 1 Dig. h. t.

L'eredità testamentaria, quella cioè che vien deferita per testamento, costituisce sempre una successione diretta, cioè una specie di

Erbrechts des heutigen Roemischen Rechts (Sistema del diritto ereditario secondo il diritto romano attuale, 2 volumi, Lipsia 1863-64. — Alberto KOEPPEN, *System des heutigen Roemischen Erbrechts* (Sistema del diritto ereditario secondo il diritto romano attuale), Jena 1862. — *Lehrbuch des heutigen Roemischen Erbrechts* (Trattato del diritto ereditario secondo il diritto romano attuale), Würzburg 1886-96. Il *Sistema* contiene soltanto una esposizione storica, la teoria generale della successione ereditaria e 14 paragrafi sulla delegazione dell'eredità. L'A. abbandonò poi quest'opera incominciata con troppo vasto programma e cominciò nel 1886 la pubblicazione del *Trattato*, una trattazione sommaria condotta a fine nel 1896. SCHIRMER, *Handbuch des Roem. Erbrechts* (Manuale del diritto ereditario romano), vol. I, Lipsia 1863 [contiene solo la dottrina generale e la successione intestata]. — M. S. MAYER, *Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen R. R.* (Teoria del diritto ereditario secondo il diritto romano attuale), vol. I, Berlino 1840 [contiene solo la dottrina generale della successione ereditaria]. — BECKHAUS, *Grundsätze des gemeinen Erbrechts* (Linee fondamentali del diritto ereditario comune), vol. I Jena 1830 [Introduzione, Dottrine generali della delazione e della successione diretta]. — RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*. Bruxelles 1878. — FOSCHINI, *Trattato del sistema successorio romano in confronto col sistema successorio ital.*, vol. I, Macerata 1880 [La successione testata]. UNGER, *Das Oesterreichische Erbrecht* (Diritto ereditario austriaco); è il 6.^o volume del *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts* (Sistema del diritto privato comune austriaco), e per l'alto valore dell'Autore e pei frequenti richiami al diritto romano, merita di essere spesso consultato anche dai cultori degli studii romanistici. — LASSALLE, *Das Wesen des Roemischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung* (L'essenza del diritto ereditario romano e germanico secondo il suo sviluppo storico e filosofico), è il 2.^o volume dell'opera: *Das System der erworbenen Rechte* (Il sistema dei diritti acquisiti), 2.^a ediz. per cura di L. BUCHER, Lipsia 1880 [Benchè quest'opera abbia carattere e tendenze filosofiche, pure essa è di alto valore anche per la conoscenza positiva del diritto successorio dei Romani]. In ispecie sulla successione testamentaria vedasi ROSENERT, *Testamentarisches Erbrecht bei den Roemern* (La successione testamentaria presso i Romani), 1840. — HEIMBACH, voce *Testament* (Testamento) nel *Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten* (Dizionario giuridico ad uso dei giuristi di tutti gli Stati tedeschi) pubblicato dal WEISSE, vol. X pag. 713 seg. Sono da consultarsi inoltre i principali trattati generali di diritto romano, quali WINDSCHIED, *Pandette*, vol. III (trad. ital. di FADDA e BENSA in corso di pubblicazione a fascicoli, Torino, Unione tipografico-editrice). — BRINZ, *Pandette*, vol. III, parte I. — ARNDTS, *Pandette*, vol. III § 463 seg. (trad. ital. con note di F. SERAFINI, 3.^a ediz. Bologna 1879). — MAYNZ, *Cours de droit romain*, vol. IV, § 358 seg. — DERNBURG, *Pandette*, vol. III § 54 seg. — DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, vol. II, § 230 seg.

Pel diritto civile italiano, oltre i ben noti trattati generali e commentarii dei codici

successione universale in cui il successore, senza l'intermediario di alcun'altra persona sottentra nei diritti e negli obblighi di un defunto dopo la sua morte e ne rappresenta la persona. Tale specie di successione indicano le leggi ogni qual volta esse parlano di una *hereditas*. Così GIUSTINIANO nel § 2 I. *de codicillis* 2, 25 dice:

« *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundantur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur* ».

Dunque solo per testamento può farsi luogo ad una *hereditas testamentaria*. Ma occorre che il testamento sia valido, affinché si possa escludere la successione intestata.

Di qui il concetto del testamento che ci è dato nella L. 1 D. h. t., dal libro secondo delle Pandette di MODESTINO, e che suona così:

« *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis* ³⁴⁾ *post mortem suam fieri velit* ».

Nelle Istituzioni, pr. *de test. ordin* 2, 10, GIUSTINIANO si limita a darci l'etimologia della parola testamento quando dice che « *testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est* ».

Da un passo di GELLIO ³⁵⁾ sembra che questa etimologia sia stata presa da SERVIO SULPICIO, il quale diceva: « *Testamentum verbum esse duplex, compositum a mentis contestatione* ». GELLIO la riprova, dice però di essa, « *falsa quidem sed non abhorrens, neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio* ». In modo più completo definisce il testamento ULPIANO ³⁶⁾.

³⁴⁾ Il DONELLO (lib. VI, cap. 4 § 2) crede che dopo le parole *quod quis* debba supplirsi la parola *nostrum*.

³⁵⁾ *Noctes Atticae*, lib. VI, cap. 12.

³⁶⁾ XX, 1. Vedi SCHULTING, *Jurisprudentia anteiustinianaea*, pag. 627.

civili, francese e italiano (TROPLONG, DEMOLOMBE, DURANTON, PACIFICI-MAZZONI, RICCI, AUBRY E RAU sur ZACHARIAE, ecc.), sono in ispecial modo da vedere: BUNIVA, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Torino 1867, 2.^a ediz. 1888. — FULCI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Messina 1873. — PAOLI, *Delle successioni testamentarie*, Genova 1877. — VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie* nel « *Diritto civile italiano esposto per cura di P. FIORE* », Napoli 1891 segg., pubblicati per ora 3 volumi. *Digesto italiano* articoli « Successione » Parte generale di F. FILOMUSI GUELFI e « Successione testamentaria » di C. LOSANA.

« Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ³⁷⁾, ut post mortem nostram valeat ».

Questi due ultimi testi concordano fra loro in ciò, che il testamento sia nella sua origine una *testatio* o *contestatio mentis*. È dubbio se la lezione *contestatio* in ULPIANO sia esatta. Secondo la nota di CHARONDAS in *Schulting* ³⁸⁾ alcuni M. S. leggono *testatio*: e anche Giovanni CANNEGIETER ³⁹⁾ preferisce la lezione *iusta quaedam testatio*.

Si vede pertanto che la parola *testamentum* deriva da *testari*, la qual parola ha in origine nei classici giuristi e non giuristi un duplice significato. Essa significa in primo luogo rendere testimonianza a qualcuno di qualche cosa. In questo senso spiega TEOFILO ⁴⁰⁾ la *testatio mentis* del passo delle Istituzioni, dove dice:

καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας

(*Etenim testimonium habet mentis defuncti*).

Ma la parola *testari* significa anche chiamare alcuno come testimonio di qualche cosa. A ciò si riferisce il passo delle XII Tavole riportato da GELLIO ⁴¹⁾: « qui se scierit *testarior* libripensve fuerit, ni testimonium faciatur improbus intestabilisque esto ». Questo secondo significato ha anche la parola *contestari* in FESTO h. v.

« *Contestari* est cum uterque reus dicit: testes estote. *Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote ».

Il concetto romano del testamento è fondato su ambedue i significati della parola *testari*. Ond'è che anche ULPIANO nel suo lib. I *ad Sabinum* ⁴²⁾ chiama il testamento una *suprema contestatio* e dice

³⁷⁾ La lezione comune in SCHULTING e in CANNEGIETER (vedi nota 39) è *factum*, ma in HUGO, *Ius civile anteiusinianum*, è la più esatta *facta* (tomo I, pag. 57).

³⁸⁾ Loc. cit., nota 3 pag. 627.

³⁹⁾ *Ad D. Ulpiani Fragmenta*, tit. XX, § 1, pag. 81.

⁴⁰⁾ *Paraphrasis graeca Institutionum ad pr. de testam. ordinandis*.

⁴¹⁾ *Noctes Atticae*, lib. XV, cap. 13 in fine. Vedi pure DIRKSEN, *Kritik und Herstellung etc.* (Critica e restituzione del testo dei frammenti delle XII tavole) pag. 607 seg.

⁴²⁾ L. 20 § 8 Dig. h. t., 28, 1.

che i testimoni debbono restare insieme finchè l'atto non sia finito, e la *mancupatio* d'uso nel testamento *per aes et libram*, la quale consisteva, secondo ULPIANO ⁴³⁾, nella seguente formola che il testatore *tabulas testamenti tenens* pronunciava: « Haec uti in his tabulis ceterisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibetote », anch'essa è espressamente designata come *testatio*.

E come di solito il nome della cosa si desume appunto da ciò ch'essa è e quindi l'origine del nome s'identifica coll'essenza della cosa, in guisa che quello indichi completamente questa, così la disposizione patrimoniale di ultima volontà con cui il testatore dichiara che cosa si debba fare del suo patrimonio dopo la sua morte venne chiamata in senso stretto un testamento dall'invito in essa fatto ai testimoni ⁴⁴⁾. Nel modo stesso il procedimento delle parti davanti al magistrato (*in iure*) era chiamato, secondo il sopra citato passo di FESTO, *litis contestatio* a cagione dell'invito ivi pure fatto ai testimoni, sebbene quest'invito colla formula *testes estote* non fosse propriamente che una parte di quel procedimento ⁴⁵⁾. Ma il testamento prende il suo nome soltanto dalla *testatio mentis*. Easo poi non è neppure una semplice *voluntatis nostrae sententia*, ma come dice MODESTINO, una *iusta sententia* o, come si esprime ULPIANO, una *mentis nostrae iusta contestatio*. Niun dubbio che l'espressione *iusta sententia* si riferisca ad una disposizione secondo il diritto civile in contrapposto al codicillo, il quale, come creazione di tempi posteriori, deve la sua origine non già alle leggi del popolo romano, ma ai *mores* ⁴⁶⁾. Certamente MODESTINO ha voluto colle parole *voluntatis iusta sententia* indicare un criterio distintivo del testamento dal codicillo.

⁴³⁾ XX, § 9. Nelle altre mancipazioni non si trova un tale invito ai testimoni. Vedi GAIO, I, 119. ULPIANO, XIX, 3.

⁴⁴⁾ Vedi CHARONDAS *ad Ulp.*, XX, nota 2, in SCHULTING, *Iurisprudentia anteiust.*, pag. 627, DERNBURG, *Contributi etc.* (*Beiträge etc.*), § 3.

⁴⁵⁾ Vedi KELLER, *Ueber Litiscontestation und Urtheil* (Sulla contestazione della lite e la sentenza), § 1.

⁴⁶⁾ Pr. I. *de codicillis*, 2, 25. Vedi DUARENO, *ad l. 1 D. h. t. Opera*, pag. 313 e SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 440, nota 2 pag. 635).

Molto giustamente pertanto osservò il DONELLO ⁴⁷⁾ che la parola *iusta* indica qualche cosa di più che la necessità di una dichiarazione di ultima volontà valida per avere un testamento. Di per sè quell'epiteto significa, è vero, che solo un testamento valido merita questo nome: ULPIANO lo dice espressamente nel libro *L. ad Edictum* ⁴⁸⁾:

« Testamentum autem proprie illud dicitur quod iure perfectum est, sed abusive testamenta ea quoque appellamus quae falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta; itemque imperfecta solemus testamenta dicere ».

Ma i codicilli sono essi pure disposizioni di ultima volontà valide. Il DONELLO pensa pertanto che la parola *iustum* abbia qui un duplice significato; essa cioè da un lato indicherebbe il rito solenne con cui si fa un testamento e che non è invece richiesto per i codicilli ⁴⁹⁾, d'altro lato la pienezza di volontà perchè il testamento abbraccia tutto il patrimonio e pertanto si distingue dal codicillo anche perchè in esso c'è la nomina di un erede e avviene per esso una *universi iuris successio*.

Le parole di MODESTINO *voluntatis iusta sententia* furono spiegate nel modo più completo e più esatto da Pietro PERRENONIO ⁵⁰⁾. Egli dice che il vero significato di esse si chiarisce dalla L. 4 D. h. t. 28, 1, dove GAJO (lib. II *Institutionum*) insegna:

« Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus an is qui fecit testamentum habuerit testamenti factionem; deinde, si habuerit, requiremus an secundum regulas iuris civilis testatus sit ».

Poichè dunque il testamento deve essere una *iusta voluntatis sententia*, in primo luogo il testatore deve avere capacità di fare testamento, secondariamente il testamento dev'esser fatto secondo le re-

⁴⁷⁾ *Commentarii*, lib VI, cap. 4, § 2.

⁴⁸⁾ L. 2 § 1 D. *testam. quemadm. aperiantur*, 29, 3.

⁴⁹⁾ § 3 I. *de codicillis*, 2, 25. « Codicilli nullam solemnitate ordinationis desiderant ».

⁵⁰⁾ *Animadversionum et variarum Lectionum iuris civili*, lib. II, cap. 21 nel *Thesaurus iuris Romani* di OTTONE, tomo I, pag. 651 segg.

gole del diritto civile. Quindi, a) deve contenere l'istituzione di un erede capace, b) devono essere osservate le forme prescritte dalla legge. *Iusta sententia* adunque non significa soltanto *solemnis*, come vogliono il DUARENO ⁵¹⁾, il CHARONDAS ⁵²⁾ e il WESTPHAL ⁵³⁾, per quanto PAPINIANO dica nel lib. I *Definitionum* ⁵⁴⁾:

« Testamentum non iure factum dicitur ubi solemnia iuris defuerunt ».

Quell'espressione significa qualche cosa di più; essa vuole indicare una disposizione di ultima volontà che abbia tutti i requisiti d'un testamento e sia fatta secondo le prescrizioni di legge relative ai testamenti ⁵⁵⁾.

Quando MODESTINO dice: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia*, colla parola *nostrae* egli vuol indicare prima di tutto che il testamento deve essere una determinazione di volontà libera da ogni influenza straniera, appunto cioè l'espressione della sola volontà libera del testatore. Molto giustamente pertanto l'imperatore TEODOSIO II dice nella sua Novella *de testamentis* dell'a. 439 ⁵⁶⁾:

« Illud quippe est proprie testamentum, quod testantis meram obtinet voluntatem ».

E specialmente in modo determinato si esprime GAIO nel lib. I *de testamentis ad Edictum Praetoris urbani* ⁵⁷⁾:

« Haec institutio: quos Titius voluerit ideo vitiosa est quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, nec ex alieno arbitrio pendere ».

Non basta però la sola volontà di testare; la semplice manifestazione di volere istituire erede alcuno non è ancora un testamento;

⁵¹⁾ *Comm. ad h. l. i D. h. t.*, Opera, pag. 313.

⁵²⁾ Loc. cit.

⁵³⁾ *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 6.

⁵⁴⁾ L. 1 Dig. *de iniusto, rupto, irritato facto testamento*, 28, 3.

⁵⁵⁾ Vedi D. HERALDUS, *Rerum et quaestionum quotid.*, cap. XVII, § 15 e VOET, *ad Pandectas h. t.*, § 3.

⁵⁶⁾ *Novellae Theodosii II*, lib. I, tit. 16, in HUGO, *Ius civile antieust.*, II, pag. 1251.

⁵⁷⁾ L. 32 pr. D. *de hered. instituendis*, 28, 5.

il testamento deve contenere una vera istituzione d'erede ⁵⁸⁾. Secondo l'interpretazione del DUARENIO la parola *nostras* deve anche significare qualche cosa di più determinato, deve significare cioè che la *testamentifactio* è un privilegio dei cittadini romani.

Quando infine MODESTINO dice *de eo quod quis post mortem suam fieri velit*, con ciò egli vuole indicare che nessuno acquista diritti in forza d'un testamento vivente il testatore, ma solo colla morte di questo e quindi fin che questo vive il testamento può esser sempre revocato ⁵⁹⁾. ULPIANO ha espresso ciò anche più chiaramente nella sua definizione colle parole *in id. . . . ut post mortem nostram valeat*. Di qui la regola *viventis nulla est hereditas*.

Dopo questa interpretazione il concetto del testamento nel vero senso del diritto romano deve esprimersi così. Il testamento è una disposizione di ultima volontà fatta secondo la prescrizione di legge, mediante la quale si istituisce un erede diretto. Così inteso, il testamento si differenzia dal codicillo, in primo luogo perchè esso da principio valse come legge: esso era un *actus legitimus* riconosciuto da una legge del popolo romano ⁶⁰⁾. Forse anche sotto questo riguardo MODESTINO chiama il testamento una *iusta voluntatis sententia* per distinguerlo dal codicillo. Questo infatti non ebbe riconoscimento legale fin da principio e ottenne validità solo a poco a poco per consuetudine per motivi di equità e di utile pubblico ⁶¹⁾. Una seconda differenza fra i codicilli e i testamenti è che nei primi non può farsi istituzione diretta di erede nè sostituzione nè diseredazione: tutto ciò non può farsi che per testamento. Sono degni di nota in proposito alcuni testi riferentisi appunto alla distinzione fra testamento e codicillo.

§ 34 I. *de legatis*, 2, 20. « Quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio ».

⁵⁸⁾ L. 31 D. h. t., 28, 1. « PAULUS, libro V *Sententiarum*. Eius bona qui se Imperatorem facturum heredem esse iactaverit a fisco occupari non possunt ». Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 11.

⁵⁹⁾ L. 4 D. *de adim. legatis*, 36, 4.

⁶⁰⁾ L. 130 D. *de verb. sign.*, 50, 16. « Lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur ».

⁶¹⁾ Pr. I. *de codicillis*, 2, 25.

L. 20 Dig. *de iure codicillorum*, 29, 7. « PAULUS lib. V *ad legem Iuliam et Papiam*. Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi *quibus heres scriptus non est*, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint. Ilt hoc puto rectius dici ».

L. 14 Cod. *de testamentis*, 6, 36. « Imp. CONSTANTINUS A. *ad Maximum P. P.* Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. Dat. Pacatiano et Hilariano Cons. 332 ».

La parola *testamentum* ha però alcuni altri significati. È presa spesso per l'atto che contiene l'ultima volontà del defunto, come per esempio quando si parla dell'apertura ⁶²⁾, della falsificazione, della sottrazione d'un testamento ⁶³⁾. Talvolta significa anche l'eredità testamentaria stessa, quella cioè che è deferita per testamento; e di ciò il BRISSONIO ⁶⁴⁾ reca molti esempi ⁶⁵⁾. Ma talvolta è anche presa in un significato così largo, che con essa s'indica qualunque specie di ultima volontà: il che io già ebbi a far notare altrove ⁶⁶⁾.

Infine è da notare che nei documenti del medio evo la parola *testamentum* è usata in un senso assolutamente diverso da quello romano e cioè per ogni specie di atto scritto firmato da testimoni. Così nei documenti medioevali sono spesso chiamati *testamenta* atti di fondazione, o di concessione di feudo, di compra e vendita di libertà ^{67) b)}.

⁶²⁾ Vedi tit. Dig. *Testamenta quemadmodum aperiantur*, 29, 3.

⁶³⁾ L. 2 Dig. *de lege Cornelia de falsis*, 48, 10, l. 16, l. 17 Cod. *cod.*, 9, 22. Vedi DUARENO, loc. cit., pag. 314.

⁶⁴⁾ *De verborum significatione v. testamentum*, n.° 2.

⁶⁵⁾ Per es. l. ult. Dig. *de bon. poss. secundum tabulas*, 37, 11, l. 14 Dig. *de his quae ut indignis*, 34, 9.

⁶⁶⁾ Vedi il § 542 di questo *Commentario* (vol. VI, pag. 559 ed. ted., lib. V, tit. 2.°).

⁶⁷⁾ Vedi GERKEN, *Vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und deutschen Rechte* (Dissertazioni varie di diritto feudale e tedesco), vol. II, Hamburg e Güstrow 1777, n.° 5, pagg. 121-126.

b) Il concetto del testamento nel diritto moderno non è più lo stesso di quello del diritto romano. Anche per noi il testamento è atto solenne, nel senso cioè che deve

§ 1400.

*Subbietto del testamento. Requisiti della determinazione
e della dichiarazione di volontà.*

Poichè la disposizione di ultima volontà è sempre una disposizione unilaterale, il subbietto principale di essa è il testatore. Tutto ciò che ha riguardo alla determinazione della volontà deve per ciò ap-

seguire necessariamente le forme precise, sia pure la semplicissima dell'olografo, prescritte dal codice civile, ma non è più necessariamente l'atto contenente una istituzione di erede. Per l'art. 759 cod. civ. infatti: « il testamento è un atto revocabile col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone ». Nella sostanza dunque il nostro testamento non differisce dal codicillo dei Romani.

Il testamento è nel diritto nostro il solo modo possibile di disposizione di ultima volontà, non essendo più ammesse nè le donazioni *mortis causa* del diritto romano nè l'istituzione contrattuale del diritto germanico. La *donatio mortis causa* revocabile ad arbitrio del donante non è ammessa nel diritto civile italiano, perchè urterebbe contro il principio della irrevocabilità della donazione (art. 1050 cod. civ.). Neppure sarebbe da ammettersi a parer nostro la donazione *mortis causa* irrevocabile, quella che il giureconsulto MARCIANO considerava piuttosto come una donazione fra vivi fatta in occasione della morte (fr. 27 *de mortis causa donat.* 39, 6), per la ragione che nel codice nostro non si trova disciplinata ed ammessa altra forma di disposizione per dopo la morte all'infuori del testamento, atto revocabile e unilaterale, e che appunto al principio fondamentale del nostro diritto testamentario, che è la revocabilità dell'ultima volontà, urterebbe l'irrevocabilità della donazione. In argomento è da consultarsi il mio *Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano*, Firenze, Cammelli, 1898, pag. 177 seg. In fine non è neppure ammessa nel diritto italiano l'istituzione contrattuale, la nomina cioè dell'erede per contratto fra vivi, riconosciuta nei diritti germanici e in particolare nel § 1941 del nuovo codice civile per l'impero tedesco; essa è invece espressamente vietata dalla disposizione generale ma chiara dell'art. 1113 cod. civ. italiano e anche dall'art. 720. Chi amasse tuttavia conoscere l'argomento dell'istituzione contrattuale potrebbe consultare HARTMANN, *Zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten* (Sulla dottrina delle istituzioni contrattuali e dei testamenti congiuntivi), Braunschweig 1860. — BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen* (La dottrina delle istituzioni contrattuali), Göttinga 1835-37-40. — HASSE, *Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament* (Sull'istituzione contrattuale, il contratto sopra eredità di altri, la donazione a causa di morte e il testamento reciproco) nel *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 149 seg. 300 seg., III, 1 seg. 239 seg., 490 seg. — ARNDTS, nelle *Gesammelte Civilistische Schriften* (Scritti civili raccolti), vol. II, pag. 186. — BUDDRUS, articolo *Erbvertrag* nel *Rechtswörterbuch* (Dizionario giuridico) del WEISKE, vol. IV, pag. 27. — MERLIN, *Répertoire*, articolo *Institution contractuelle*.

prezzarsi con riguardo alla persona di questo. Pertanto egli deve in primo luogo avere la capacità naturale di volere e quindi avere coscienza di sè, in secondo luogo avere l'intenzione e la capacità di fare un testamento ⁶⁸). Questa capacità di fare testamento si chiama la testamentifazione attiva, per distinguerla dalla passiva che è la capacità di essere nominato erede in un testamento ⁶⁹). Che la volontà e l'intenzione di testare siano necessarie per la validità d'un testamento appare specialmente dalla circostanza che anche il soldato, il quale pure gode molti privilegi per ciò che riguarda la confezione del testamento, tuttavia dover aver dichiarato l'intenzione precisa di testare affinchè la sua volontà valga come testamento.

L'aver semplicemente manifestato in un discorso che altri debba essere l'erede non è valido testamento neppure pei soldati ⁷⁰). E così anche la promessa di fare un testamento e di istituirvi alcuno erede non obbliga neppure se accettata ⁷¹). Diversamente però andrebbe la cosa quando il testatore avesse dichiarato esplicitamente ad alcuno ch'egli debba dopo la sua morte avere il suo patrimonio ed egli avesse accettato; perchè questo non sarebbe un testamento, ma tale dichiarazione di volontà varrebbe oggi come istituzione d'erede contrattuale ⁷²).

In terzo luogo la disposizione di ultima volontà deve essere completa ⁷³), intelligibile ⁷⁴) e determinata ⁷⁵): non deve poi riposare sul-

⁶⁸) Ved. GEIGER e GLÜCK, *Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen* (Casi giuridici e dissertazioni notevoli), vol. III, n. 42, § 5 seg. pag. 181 segg.; — SCHWEPPE, *Römisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 786, 789.

⁶⁹) § 4 I. *de hered. qual. et diff.*, 2, 19, l. 16 pr. Dig. h. t., 28, 1.

⁷⁰) § 1 I. *de test. mil.* 2, 11, L. 24 D. *ead.*, 29, 1.

⁷¹) L. 31 Dig. h. t., 28, 1. Vedi E. G. BAUER, *Responsorum ad quaestiones ex iure vario dubias volumen II*. Lipsiae 1801. Resp. 54, pag. 32 seg.

⁷²) Vedi CARRACHA, *Rechtliche Erörterung der Frage: Ob man wohl aus einem blossen Handschreiben eines Erblassers ein Erbschaftsrecht sich anmassen und darans klagen könne?* (Dissertazione giuridica sulla questione, se da un semplice scritto di un defunto alcuno possa pretendere un'eredità e agire per ottenerla), Halle 1774.

⁷³, L. 25 Dig. h. t., 28, 1, L. 9 Cod. *ead.*, 4, 22, L. 11 § 1 Dig. *de legatis*, III, 32.

⁷⁴) L. 2 Dig. *de his quae pro non scriptis habentur*, 34, 8. Ordinanza notarile di Massimiliano I dell'a. 1512. Titolo dei testamenti, § 4.

⁷⁵) L. 9 § 9 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

l'errore, altrimenti sarebbe nulla ⁷⁶). In fine deve esser libera da ogni influenza straniera ⁷⁷), ed essere espressa e manifestata in forma tale che non manchino tutti i requisiti di un valido testamento. Imperocchè solo un testamento valido può dirsi propriamente un testamento ⁷⁸).

§ 1401.

Testamento scritto e testamento orale.

Un testamento può farsi così in iscritto come a voce. Si distinguono pertanto testamenti orali (*testamenta nuncupativa*) e testamenti scritti (*testamenta scripta*). Essi si differenziano però solo nella forma, non negli effetti. Talvolta è dubbio se il testamento sia scritto od orale: e il dubbio nasce da ciò che gli scrittori non sono d'accordo nei loro concetti. Non basta solo conoscere se nella confezione del testamento si usò o no la scrittura. È questa l'erronea opinione degli antichi che F. Augusto HOMMEL ⁷⁹) ha giustamente respinto. Egli invece pone la distinzione in ciò, che nel testamento nuncupativo il contenuto è comunicato ai testimonii, in quello scritto il contenuto è tenuto loro segreto. Però il testatore può bene rendere palese il contenuto anche di un testamento scritto: e CICERONE ⁸⁰).

⁷⁶) L. 9 pr. § 1, L. 92 D. de her. inst., 28, 5, L. 28 Dig. de inoff. test., 5, 2, L. 4 Cod. de hered. inst., 6, 24, L. 5 Cod. de testamentis, 6, 23, § 4 I. de legatis, 2, 20. Vedi SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 789, 790.

⁷⁷) L. 1 Cod. de sacrosanctis Ecclesiis, 1, 2. « CONSTANTINUS. Nihil enim est quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus et licitum quod iterum non redit arbitrium ».

⁷⁸) L. 1 § 1 Dig. testam. quemadmodum aper., 29, 3. Anche QUINTILIANO (Declamat. 38) dice: « Quid est enim testamentum? ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego testamentum, cui numerus signatorum deest: non dixerim testamentum, cui libripens et emtor familie et cetera iure necessaria deerunt ».

⁷⁹) *Dissertatio de scriptura eiusque necessitate in testamento nuncupativo*. Lipsiæ 1729, § XXV, pag. 29.

⁸⁰) *Oratio pro T. Annio Milone*, cap. 18. — TREKELL, *De origine et progressu testamentifactionis*, § 33, pag. 144.

cita appunto un esempio dell'architetto Ciro il quale avea fatto un testamento scritto, obsegnato da CICEERONE stesso e da CLODIO, e avea poi palesato ai testimoni il nome degli eredi istituiti, « testamentum autem palam fecerat ». Lo stesso fece Quinto Tuberone secondo quanto riferisce SVETONIO TRANQUILLO ⁸¹⁾. Che cosa devo dirsi d'altronde quando il testatore detti la sua ultima volontà ad uno dei testimoni e poi preghi i testimoni di firmare e suggellare lo scritto firmato in loro presenza dal testatore stesso? Chi negherà che il testatore abbia fatto un testamento scritto per quanto ne abbia fatto conoscere il contenuto ai testimoni? ⁸²⁾. Più esattamente pertanto HOFACKER ⁸³⁾ chiama testamento scritto quello in cui la forma esteriore consiste in un atto scritto, e testamento orale quello in cui il testatore nomina un erede senza scrittura. Tutto dipende dal modo come il testatore dichiara la sua volontà durante l'atto. Se quest'atto col quale il testatore esprime in modo legale la sua volontà consiste in una dichiarazione orale il testamento è orale, se invece consiste nella presentazione di uno scritto il testamento è scritto ⁸⁴⁾. Per ciò la natura del testamento scritto non si muta perchè questo sia fatto oralmente conoscere ai testimoni, nè d'altra parte si muta affatto quella del testamento orale per la circostanza che esso venga dopo redatto in iscritto, purchè nel primo caso il testatore abbia inteso di dichiarare la sua volontà colla presentazione dello scritto, nel secondo invece colla comunicazione verbale. Il testatore può poi anche riunire le due forme, il che ha il vantaggio che se il testamento non vale in una forma può valere nell'altra ⁸⁵⁾. Questo si chiama un testamento misto. Bisogna però che il testatore non abbia espressamente dichiarato di voler testare solo in una di quelle forme, perchè

⁸¹⁾ *In Julio*, cap. 83.

⁸²⁾ L. 21 pr. Cod. de testamentis, 6, 23. Vedi HOFACKER, *Principia iuris civilis*, tomo II, § 1270.

⁸³⁾ *Principia iuris civilis Romani Germanici*, II, § 1265, 1266.

⁸⁴⁾ L. 21 pr. Dig. h. t., 28, 1, L. 58 pr. Dig. de her. inst., 28, 5, L. 21 pr. § 2 Cod. de testam., 6, 23, L. 26 Cod. eod. — Cfr. specialmente HÜBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. I, cap. 6, pag. 81.

⁸⁵⁾ Vedi NETTÉBLADT, *Dissertatio de testamento nuncupativo in scripturam redactum*, § 3 e notae ad h. t. — HOMMEL, *Diss. cit.*, §§ 29, 30.

in tal caso se il testamento non vale secondo la forma prescelta è nullo, quand'anche sia tale che potrebbe valere nell'altra forma ⁸⁶⁾.

Dal testamento scritto deve distinguersi il testamento nuncupativo *in scripturam redactum*. Quando il testatore ha dichiarato la sua ultima volontà a voce, questa poi può essere redatta in iscritto *probationis causa*. In questo caso il testamento è detto *testamentum nuncupativum in scripturam redactum* ⁸⁷⁾; al contrario, quando questa redazione scritta *probationis causa* non si faccia il testamento è detto nuncupativo senz'altro oppure *nuncupativum simplex*. Il testamento nuncupativo redatto in iscritto si differenzia dunque dal testamento scritto per ciò, che in quest'ultimo la scrittura costituisce la forma essenziale con cui il testatore dichiara la sua ultima volontà, mentre nel primo la scrittura si aggiunge solo a scopo di prova ⁸⁸⁾. Corre fra i due la medesima differenza che c'è fra un contratto letterale e un contratto redatto in iscritto *probationis causa*. Come il contratto letterale riposa sulla forma scritta e da questa riceve la sua essenza, così anche il testamento scritto riceve la sua essenza dalla scrittura mediante la quale il testatore ha dichiarato la sua volontà; e parimente come la scrittura accessoria a un altro contratto serve solo di prova così serve allo stesso scopo la scrittura che acceda ad un testamento orale. È indifferente poi se la scrittura sia stata redatta dal testatore stesso prima del testamento come aiuto alla propria memoria, o durante il testamento o dopo, oppure se fu redatta dai testimoni spontaneamente per loro memoria, o da loro, ma su richiesta dell'erede istituito *ad perpetuam rei memoriam* consegnando per tal modo ad un documento la loro testimonianza ⁸⁹⁾. Il testamento non si trasforma mai per ciò in testamento scritto, ma rimane orale e per la sua validità ciò che importa è solo la volontà di-

⁸⁶⁾ Vedi VOET, *Ad Pandectas* h. t., § 10. — BARDILI, *De testamento nuncupativo*, Tubingae 1671, § 6. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II, § 1270.

⁸⁷⁾ Cfr. specialmente NETTELBLADT, *Dissertatio de testamento nuncupativo in scripturam redacto*, Halae 1753 et rec. ibid. 1760.

⁸⁸⁾ Vedi NETTELBLADT, *Diss. cit.*, § 1 not. — HOFACKER, loc. cit., § 1270, nota a.

⁸⁹⁾ NETTELBLADT, *Diss. cit.*, §§ 2, 5, 6.

chiarata oralmente ⁹⁰). E pertanto, se l'atto scritto redatto dai testimoni dopo il testamento a prova del contenuto di questo non abbia i requisiti d'un testamento scritto, perchè, per esempio, non l'abbiano sottoscritto o suggellato tutti i testimoni o non porti la firma del testatore, ciò non ha alcuna influenza sulla validità del testamento orale ⁹¹), e dell'atto scritto non deve giudicarsi se non come d'un documento probatorio ⁹²). Se a prova di un testamento orale si fa un istrumento notarile coll'assistenza di due testimoni, tale istrumento, supposto che le formalità del testamento nuncupativo siano state osservate esattamente, fa prova per sempre del testamento, nè è per ciò necessaria una conferma giurata dei testimoni ⁹³).

Per regola ciascuno è libero di testare come vuole, oralmente o in iscritto. È pure indifferente se il testamento nuncupativo venga redatto in iscritto subito o in seguito. Un'eccezione notevole a questa regola si ha però nel testamento del cieco ⁹⁴). Secondo una costituzione di GIUSTINIANO ⁹⁵) il cieco può testare, ma può testare solo mediante testamento orale. Il testamento del cieco è dunque sempre orale anche quando egli abbia fatto scrivere le sue ultime volontà

⁹⁰) Vedi TREKELL, *De origine et progressu testamentifactionis*, § 35, pag. 144. — MALBLANC, *Principia iuris Romani*, pars ultima, § 691, pag. 836. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 478.

⁹¹) SCHAUMBURG, *Singularia de testamento nuncupativo capita*, Jenae 1737, § 19.

⁹²) Vedi SCHAUMBURG, *Diss. cit.*, § 20. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II, § 1271. — HOEPFNER, *Commentar etc.* (Commentario sulle Istituzioni di Einécio), § 449.

⁹³) Vedi L. B. a WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tomo I, parte 4.^a, obs. 103. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 817. — WEBER, *Erläuterungen der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette), vol. II, § 1418.

⁹⁴) Vedi HOFACKER, II, § 1272.

⁹⁵) L. 8 Cod. *qui testam. facere possunt*, 6, 22. « Hac consultissima lege sancimus ut carentes oculis seu morbo, seu ita nati, per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis ».

Vedi MAREZOLI, *Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen*, ecc. (Osservazioni, dubbi e congetture su alcune questioni di diritto civile) nel *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (Magazzino di giurisprudenza e legislazione) di GROLMANN e LOEHR, vol. IV, n.° 11, § 3, pag. 168 segg.

da un terzo. La scrittura già prima redatta deve infatti esser letta non solo al cieco, ma anche a tutti i testimoni, e solo quando il contenuto del testamento è stato fatto noto a tutte queste persone, la scrittura già prima redatta o quella che si rediga sul momento dietro le dichiarazioni orali del cieco dev'essere sottoscritta e suggellata. Ma della forma di questo testamento si tratterà più diffusamente al § 1406.

Intanto noi abbiamo così un esempio di testamento nuncupativo non valido senza la redazione in iscritto. G. H. BOEHMER⁹⁶⁾ lo chiama per ciò un testamento misto, un testamento, cioè, che è insieme scritto ed orale. Ma l'HOMMEL⁹⁷⁾ ha con ragione respinto quest'opinione e il NETTELBLADT⁹⁸⁾ l'ha confutata poi in modo esauriente. Il testamento del cieco deve piuttosto considerarsi un *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, differente però da ogni altro testamento di questa specie perchè la scrittura è imposta da una prescrizione di legge, e deve anche nella redazione scritta osservarsi una forma determinata. Per questa particolarità l'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I ammette una terza specie di testamenti. E al titolo dei testamenti § 1 dice:

« Secondo il diritto imperiale e le leggi sonvi due specie di testamento: l'uno che consiste nella scrittura, o mediante uno scritto fatto o preparato a tal uopo. L'altro è il testamento comune, che si vuol fare mediante una semplice dichiarazione senza scrittura o solennità scritta, e si chiama per ciò *nuncupativum*, cioè testamento orale, senza che sia richiesto per la sua esistenza scritto alcuno. Si deve poi enunciare una terza specie di testamento, quello che è fatto da un cieco, maschio o femmina, che è parimenti orale, ma non si fa senza scrittura, occorrendo a tal uopo una scrittura fatta davanti a un notaro e sottoscritta di propria mano da testimonii a ciò espres-

⁹⁶⁾ *Dissertatio de testamento non praelecto*, Halae 1759, § VII, nelle *Exercitationes ad Pandectas*, IV, pag. 906.

⁹⁷⁾ *Dissertatio de scriptura eiusque necessitate in testamento nuncupativo*, § XXII.

⁹⁸⁾ *Dissertatio de testamento nuncupativo in scripturam redacto*, § XI et not. ad h. §.

samente richiesti, dai quali deve essere anche segnata col suggello ».

Adunque se la scrittura non è fatta secondo le prescrizioni di legge, il testamento è nullo per intero.

§ 1402.

Religiosità e forza legale dei testamenti.

È un concetto molto importante questo che il testamento, come dichiarazione di ultima volontà d'un morente, avea pei Romani un certo significato di santità e di religiosità ⁹⁹⁾. I Romani trovavano quasi, come dice QUINTILIANO ¹⁰⁰⁾, un *solatium mortis* nel pensiero che la loro volontà avesse un valore anche dopo la morte. « Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium si non integram legem habet, et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus ». Da ciò la grande cura che i Romani usavano per la conservazione inalterata dei loro testamenti. Era costume pertanto di deporre i testamenti nei templi delle divinità e specialmente presso le Vestali, come le prime fra le sacerdotesse ¹⁾. Anche lo Stato era interessato nella confezione dei testamenti. « Publice enim expedit, dice PAOLO, lib. VIII *ad Plautium* ²⁾, suprema hominum iudicia exitum habere ». A ciò si aggiunga la circostanza che i Romani disponevano di solito nei loro testamenti anche per la sepoltura dando ordini circa i riti religiosi di questa, all'osservanza rigorosa dei quali essi tenevano assai, perchè secondo i loro principii di religione essi consideravano infelice la condizione di un defunto il cui cadavere non avesse sepoltura conveniente ³⁾. A ciò si riferisce quello che dice MODESTINO nel lib. VIII *Responsorum* ⁴⁾.

⁹⁹⁾ Vedi GANS, *Diritto ereditario romano*, vol. II, pag. 148 segg.

¹⁰⁰⁾ *Declamatio* 308.

¹⁾ L. 4 § 3 Dig. *fam. ercisc.*, 10, 2. Vedi LIPSIUS, *Ad Taciti Annales*, libro I, c. 8 *ad Suetonium in Caesare*, cap. 83; e specialmente ARNTZENII, *Miscellaneorum liber*, Traiecti ad Rhenum, 1774, cap. 13, pag. 134 segg.

²⁾ L. 5 Dig. *testam. quemadmodum aperiantur*, 29, 3.

³⁾ Vedi CUPERUS, *Observationes*, lib. I, cap. 20 e GOENS, *de cenotaphio*, cap. 6, § 8.

⁴⁾ L. 27 pr. Dig. *de cond. institutionum*, 28, 7.

« Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione, si reliquias eius in mare abiiciat. Querebatur cum heres institutus condicioni non parisset, an expellendus esset ab hereditate? Modestinus respondit: laudandum est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiicit, sed memor humanae condicionis sepulturae tradidit ».

Pertanto i testamenti erano per riguardo alla loro validità parificati alle leggi. « In publicis, dice CIOERONE ⁵⁾, nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum ». Essi avevano anche nei più antichi tempi molto di comune colle leggi sin nella forma. Originariamente in fatti, tranne il caso del testamento del soldato prima della battaglia (*testamentum in procinctu*), essi non potevano esser fatti che davanti ai comizii del popolo romano (*calatis comitiis*) precisamente come le leggi ⁶⁾.

« Iisdem comitiis quae calata appellari diximus, dice GELLIO, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant ». Poichè i testamenti *calatis comitiis* davano luogo ad una *hereditas pecuniae et sacrorum* e per ciò appartenevano anche al *ius Pontificium*, a cagione della stretta colleganza in cui stavano presso i Romani il patrimonio ed i *sacra privata* ⁷⁾ questi *comitia calata* in cui si faceva il testamento erano indubbiamente quei comizii curiati ⁸⁾ dei quali LA-

⁵⁾ *Philippica*, II, c. 42.

⁶⁾ GELLIO, *Noctes Atticae*, lib. XV, cap. 27. — ULPIANO, XX, § 2. — GAIO, II, 101; § 1 I. *de testam. ordinandis* 2, 10.

⁷⁾ CICERONE, *Oratio pro domo*, c. 13, 14, 51; *de legibus*, II, c. 19, 21. Vedi SAVIGNY, *Ueber die iuristische Behandlung der sacra privata bei den Roemern* (Sulla trattazione giuridica dei *sacra privata* presso i Romani). *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. II, pagina 362 seg. ^{c)}.

⁸⁾ M. Aurelio GALVANO, *De usufructu*, cap. X, § 8, pag. 77 (Edizione Tu-

^{c)} Cfr. anche LASSALLE, *Wesen der roemischen und germanischen Erbrechts* (L'essenza del diritto di eredità romano e germanico) pag. 34 seg. — BONFANTE, *L'origine dell'hereditas e dei legati nel diritto successorio romano* — A proposito della regola « nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest » — nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, IV, pag. 97 segg.

Lo scritto del SAVIGNY citato nella nota 7 trovasi ristampato pure nei *Vermischte Schriften* (Scritti varii) di lui, vol. I, pag. 151 seg.

BEONE presso GELLIO dice che erano tenuti *pro collegio pontificum*, o, come si esprime GELLIO stesso ⁹⁾, *arbitris Pontificibus*, erano quei comizii nei quali il patrizio si scioglieva solennemente dalla sua *gens* mediante la *sacrorum detestatio* ¹⁰⁾, e disponeva del suo patrimonio per testamento, ciò che il soldato faceva davanti all'esercito schierato per la battaglia ¹¹⁾, anzi l'esercito non era in quel caso che una specie di assemblea del popolo ¹²⁾. SVETONIO ¹³⁾ e TACITO ¹⁴⁾ in fatti chiamano espressamente l'esercito una *militum concio*.

E come i testamenti avevano in queste forme forza di legge ¹⁵⁾, così ambedue quelle specie godevano anche di una considerazione religiosa. I testamenti *calatis comitiis* per la santità dei comizi curiati che erano assemblee di carattere religioso gentilizio ¹⁶⁾, quelli in

binga 1788). — ARNOLDO VINNIO, *Comm. ad § 1 Inst. de test. ordinandis* n.º 1; C. FERD. SCHUTZE, *Von den Volkversammlungen der Römer* (I comizi dei Romani), pag. 296 seg. — HÜLLMANN, *Staatsrecht des Alterthums* (Diritto pubblico dell'antichità), pag. 369. — GANS, *Roemisches Erbrecht* (Diritto ereditario romano), vol. II, parte 2.ª, cap. 1, pag. 52.

⁹⁾ *Noctes Atticae*, lib. V, cap. 19.

¹⁰⁾ SAVIGNY, *Ueber die sacra privata* (Sui sacra privata dei Romani), *Zeitschrift ecc.* (Rivista della giurisprudenza storica), vol. II, pag. 402.

¹¹⁾ Vedi NIEBUHR, *Roemische Geschichte* (Storia romana), 3.ª ediz., Berlino 1828, pag. 372, nota 344, vol. I.

¹²⁾ Vedi SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto e antichità giuridiche romane), § 447, nota 1.

¹³⁾ *Galba*, cap. 16.

¹⁴⁾ *Historiarum*, liber I, cap. 18.

¹⁵⁾ Questo è pure il senso delle parole *uti legassit* nelle XII tavole, poichè le leggi dicono sempre del testatore *legem dicit testamento*. L. 14 Dig. h. t. 28. 1, L. 114 § 14 Dig. de *legalis*, I, 30. Anche GIUSTINIANO dice nella Novella 22 cap. 2:

« Statuat quisque de rebus suis, ut decet, et voluntas illius lex sit, sunt etiam nostrarum legum antiquissima quaeque prima fere rempublicam romanam constituit, lex scilicet XII tabularum, iuxta patriam antiquam linguam inquit ita dicens: uti legassit quisque de rebus suis, ita ius esto ».

Vedi HOFFMANN, *Observationes quaedam testamentorum*, observ. I. Lo SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 440 nota 1, ha pure osservato non senza fondamento che la parola *legare* potrebbe avere una certa relazione col fatto che il testamento si fondasse in origine su d'una decisione del popolo, il che portava anche per conseguenza che il testatore dovesse disporre in modo imperativo, *legis modo*. ULPIANO, XXIV, 1.

¹⁶⁾ Vedi SCHULTZE, *Von der Volkversammlungen* (I comizi dei Romani), parte III, cap. 1, pag. 294 segg. — GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario), vol. II,

procinctu per la dedicazione religiosa dei soldati schierati per la battaglia ¹⁷⁾). Per ciò senza auspicii non si tenevano comizii nè si dava battaglia ¹⁸⁾. Per tal modo i testamenti erano nella più prossima, anzi in così stretta colleganza col *ius sacrum* che come ci narra Cicerone ¹⁹⁾, colla cessazione degli auspicii nelle battaglie cessarono anche i testamenti *in procinctu*. Così si spiega perchè fin dall'origine si dicesse che la *testamentifactio* è *iuris publici*. Il *ius sacrorum* apparteneva, come insegna ULPIANO ²⁰⁾, al *ius publicum*, e CICERONE ²¹⁾ dice a questo proposito: « Dico apud pontifices, augures adsunt, versor in medio iure publico » ²²⁾.

§ 1403.

La « testamentifactio » è « iuris publici ».

Interpretazione della L. 3 Dig. h. t.

Quando PAPINIANO ²³⁾, in tempi in cui il testamento *in comitiis* e quello *in procinctu* erano già fuor d'uso da un pezzo ed erano stati sostituiti da altre forme, dice: *testamentifactio non privati sed publici iuris est*, questo principio deve avere acquistato un significato ben diverso. Dopo che i testamenti privati furono confermati dalle leggi delle XII Tavole e da queste fu sanzionato che ciò che alcuno avesse disposto sul suo patrimonio per dopo la sua morte dovesse

¹⁷⁾ Vedi SCHOTT, *Dissertatio de testamento in procinctu facto*, Opuscula, Lipsia 1770, pag. 159 segg., — GANS, op. cit., II, pag. 48.

¹⁸⁾ CICERONE, *de divinatione*, II, cap. 36, *de natura deorum*, II, cap. 3, — LIVIO, I, c. 36. — MACROBIO, *Saturnalia*, lib. I, cap. 12 « Comitia auspicabantur ». Cfr. SCHULTZE, op. cit., parte II, cap. 3, n. 6, pag. 218 segg.

¹⁹⁾ *de natura deorum*, II, c. 3; « Itaque maxime reipublicae partes, in his bella quibus reipublicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur; nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus; nulli viri vocantur, ex quo in procincta testamenta perierunt ». — Vedi SCHOTT, op. cit., Opuscula, pagina 161.

²⁰⁾ L. 1 § 2 Dig. *de iustitia et iure*, I, 1.

²¹⁾ *Oratio pro domo sua ad Pontifices*, c. 13.

²²⁾ Vedi E. HENNYSON, *Commentatio in tit. 10 lib. II Inst. de testam. ordinandis*, nel *Thesaurus* del MEHRMANN, III, pag. 428.

²³⁾ L. 3 D. h. t., 28, 1.

valere come legge (*uti legasset suae rei ita ius esto*)²⁴), i testamenti furono considerati come istituzioni di diritto pubblico solo in quanto si considerarono non già come la semplice creazione dell'arbitrio privato, ma come la derivazione di una legge pubblica le cui prescrizioni non si potevano per ciò mutare ad arbitrio²⁵). L'espressione *ius publicum* è dunque presa qui nello stesso senso in cui PAPINIANO dice: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, cioè un diritto che ha la sua base in una legge pubblica e riposa su una prescrizione tale che non sia soggetta ad alcun arbitrio privato. Che poi i giureconsulti romani considerino la *testamentifactio* come istituto di diritto pubblico proprio pel motivo che essa riposi su una *lex publica* alla quale non è lecito derogare per privata disposizione, appare dai testi seguenti.

GAIO, II, § 104 parla della mancipazione nel testamento *per aes et libram* e riferisce la formula seguente come quella che si pronuncia dal *familiae emptor*: « *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam* »²⁶) hoc aere, et, ut quidam adiciunt, aeneaque libra esto mihi empti »²⁷).

L. 27 Dig. *de div. regulis iuris*, 50, 17. « POMPONIUS, lib. XVI *ad Sabinum*. Nec ex praetorio nec ex solemnibus iure privatorum conventionibus quicquam immutandum est, quamvis obligationum causarum pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem, quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur nisi tunc cum inchoatur actio inter eos convenit ».

L. 55 Dig. *de legatis*, I, 30. « POMPONIUS, lib. IX *ad Sabinum*.

²⁴) L. 120 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16. Vedi SCHWEPPE, *Storia del diritto romano*, § 440, pag. 635.

²⁵) Vedi SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medio evo), vol. I, cap. 3, pag. 130 segg. — GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario romano), vol. II, parte 2.^a, cap. 1, pag. 88 e segg.

²⁶) Questa *lex publica* non è altro che la legge delle dodici tavole. Vedi SCHWEPPE, *Storia del diritto romano*, § 448, nota 5 pag. 649.

²⁷) Così secondo la restituzione del BLUHME nella II ediz. completa di GAIO. Berlino 1824, pag. 125.

Nemo potest in testamento suo cavere ne leges in suo testamento locum habeant ».

L. 13 Cod. *de testamentis*, 6, 23. « Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A. A. ET C. O. *Euriphidas*. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa; non autem iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permissum est ».

La *testamentifactio* è adunque *iuris publici* sotto un triplice riguardo ²⁸⁾.

1.° Riguardo al diritto di fare un testamento. Nessuno ha questo diritto se non quegli a cui sia concesso nella legge, quegli cioè che possiede la capacità determinata nelle leggi. Chi ha tale diritto non può trasmetterlo ad altri, nè quindi comunicare la testamentifazione a quelli a cui le leggi la negano; in una parola, non è nell'arbitrio di un privato di supplire di propria autorità alla mancanza di testamentifazione.

L'essere la testamentifazione *iuris publici* importa anche che essa sia collegata personalmente all'individuo a cui compete per legge e non possa quindi essere trasmessa ad altri ²⁹⁾. Così per esempio le persone che ancora sono sotto la patria potestà non possono testare sul loro peculio nè profettizio, nè avventizio, neppure se il padre ne dia loro il permesso ³⁰⁾; e parimente la mancanza di una valida dichiarazione nel testamento di un impubere non può essere supplita dall'*auctoritas* del tutore ³¹⁾. Per ciò GAIO ³²⁾, dice che quando nasce la questione

²⁸⁾ Cfr. specialmente GALVANO, *de usufructu*, cap. X, n. 2-14, pag. 75 segg. edizione di Tubinga. — TREKELL, *de origine et progressu testamentifactionis*, § 60, pag. 199. — DERNBURG, *Beitraege zur Geschichte der Roemischen Testamente* (Contributi alla storia dei testamenti romani), pag. 52. Vedi pure questo *Commentario*, libro I, § 13, pag. 73 dell'edizione italiana (Ediz. tedesca, vol. I, pag. 90).

²⁹⁾ BURCHARDI, *Grundsüge des Rechtssystems der Roemer aus ihren Begriffen von oeffentlichem und Privatrecht entwickelt* (Linee fondamentali del sistema del diritto dei Romani secondo i loro concetti di diritto pubblico e privato), Bonn 1822, § 4, pag. 18, § 5, pag. 21 segg.

³⁰⁾ Pr. I. *quibus non est permissum facere testam.*, 2, 12, L. 6 Dig. h. t., 28, 1, L. 25 § 1 Dig. *de mortis causa donat.*, 39, 6, L. 11 Cod. *qui testam. facere possunt* 6, 22.

³¹⁾ GAIO, 2, 113: « Nam masculus minor annorum quattuordecim testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit ».

³²⁾ L. 4 Dig. h. t., 28, 1. GAIO, II, 114.

sulla validità d'un testamento si deve sempre guardare prima di tutto « an is qui fecit testamentum habuerit testamenti factionem ». Questa capacità di fare testamento è chiamata dai giuristi *testamenti factio activa*, ma le leggi usano le espressioni *habere testamenti factionem* ³³⁾, *testamenti faciendi facultatem* ³⁴⁾, oppure *ius testamenti faciendi habere* ³⁵⁾.

2.° La testamentifazione è *iuris publici* riguardo al diritto di acquistare qualche cosa per testamento. GIUSTINIANO ³⁶⁾ dice espressamente: « in extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituuntur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus et mutus et postumus et infans et filiusfamilias et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt ».

Il linguaggio giuridico denomina questa capacità *testamenti factio passiva*. Le leggi però dicono di chi ha tale capacità di acquistare *cum eo testamenti factio est* ³⁷⁾, *testamenti factionem cum testatore habet* ³⁸⁾. Questa testamentifazione è richiesta dalle leggi anche per essere nominato tutore testamentario ³⁹⁾, al modo stesso che nella così detta testamentifazione attiva è compreso anche il diritto di nominare un tutore ⁴⁰⁾. Parimenti riguardo ai testimoni d'un testa-

³³⁾ § 4 I. de hered. qualitate et diff., 2, 19, L. 18 Dig. h. t. 28, 1.

³⁴⁾ L. 19 in fine Dig. h. t., 28, 1.

³⁵⁾ L. 1 § 8 Dig. de bon. poss. secundum tabulas, 37, 11.

³⁶⁾ § 4 I. de heredum qual. et diff., 2, 19. Cfr. pure L. 16 Dig. h. t., 28, 1. - SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 786.

³⁷⁾ L. 49 § 1 Dig. de her. inst., 28, 5, § 7 I. de legatis, 2, 20, L. 7 Dig. pro legato, 41, 8.

³⁸⁾ ULPIANO, XXII, 1.

³⁹⁾ L. 21 Dig. de testam. tutela, 26, 2.

⁴⁰⁾ L. 1 pr. Dig. de testam. tutela, 26, 2. — ULPIANO, XI, 14. « Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto ». L. 53 pr., l. 120 Dig. de verb. sign., 50, 16. Vedi DIRKSEN, *Kritik und Herstellung* (Critica e restituzione del testo delle XII tavole), cap. XI, tabula V fr. 3 pag. 329 seg.

mento è richiesto *ut cum iis testamenti factio sit* ⁴¹⁾. Nè a tutte queste prescrizioni di legge può l'arbitrio del testatore portare mutamento alcuno, perchè esse sono *iuris publici*.

3.° La *testamenti factio* è *iuris publici* riguardo alle forme richieste pel testamento. GAIUS ⁴²⁾ dice espressamente che per la validità d'un testamento occorre « *ut is qui fecit testamentum, non solum habuerit testamenti factionem, sed etiam secundum regulas iuris civilis testatus sit* ». Ond'è che nel caso citato da SOEVOLE, lib. III *Responsorum* ⁴³⁾ il testamento di Lucio Tizio potea giovare all'erede istituito solo come codicillo *ab intestato* a cagione della clausola codicillare aggiuntavi. Ecco il testo:

« *Lucius Titius. Hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas; deinde heredes instituit. rel.* ».

§ 1404.

Testamentifazione attiva. Chi possa testare.

Nella teoria dei testamenti vengono in considerazione tre oggetti principali. I. La capacità di testare. II. La forma esteriore del testamento. III. Il contenuto, che si chiama anche la forma interna del testamento ⁴⁴⁾.

I. Cominciando a trattare della capacità diremo, come GIUSTINIANO nelle sue Istituzioni ⁴⁵⁾, che non a tutti è concesso di poter

⁴¹⁾ § 7 I. *de testam. ordinandis* 2, 10.

⁴²⁾ L. 4 Dig. h. t., 28, 1. Vedi POTHIER, *Pandectae Iustin.*, tomo II h. t., n.° 10, nota o pag. 172. — SAVIGNY, *Geschichte* (Storia del diritto romano nel medio evo). vol. I, pag. 130.

⁴³⁾ L. 88 § 17 Dig. *de legatis*, II, 31.

⁴⁴⁾ Vedi Scipione GENTILE, *Originum ad Pandectas liber singularis*, v. *testamentum* nel *Thesaurus* di OTTONE IV, pag. 1389. — BERGER, *Resolutiones legum obstantium*, lib. XXVIII tit. 3, 4, quaest. 1 pag. 602. — POTHIER, *Pandectae*, II, lib. 31, pars I n. 31 pag. 275.

⁴⁵⁾ Pr. I. *quibus non est permisum facere testam.*, 2, 12.

fare un testamento, ma chi vuol testare deve possedere nel momento del testamento quelle qualità che la legge richiede per la testamntifazione ⁴⁶⁾.

Egli deve pertanto avere, in primo luogo quella capacità naturale che è richiesta per poter manifestare la propria volontà con intelligenza e in modo chiaro e determinato. Quindi occorre a) intelletto, b) la necessaria facoltà del conoscere e del giudicare, c) libertà di volere, d) esistenza degli organi necessari alla manifestazione della propria volontà in modo intelligibile.

In secondo luogo occorre possedere quello stato che le leggi impongono come requisito necessario per testare, e anzi, non solo possederlo, ma anche sapere di possederlo. « Nam qui incertus de statu suo est, dice PAOLO, lib. II *Regularum* ⁴⁷⁾, certam legem testamento dicere non potest ». ULPIANO ⁴⁸⁾ poi conferma questa regola colla citazione d'un rescritto dell'imperatore PRO, laddove dice (lib. XII *ad Edictum*):

« De stato suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit ».

Solo pei soldati non si segue tanto rigore, onde ULPIANO ⁴⁹⁾, lib. XVII *ad Edictum*, dice:

« Si miles incertus an sui iuris sit testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius ut valeat: nam et si incertus an pater eius vivat testamentum fecerit, testamentum eius valebit ».

Il testatore deve inoltre possedere questo stato al momento in cui dopo la sua morte il testamento deve valere. Altri impedimenti so-

⁴⁶⁾ Altri danno la regola che possono fare testamento coloro ai quali la legge non lo vieta. Vedi Francesco DUARENO, in h. t. *Opera*, pag. 314. — DONNELLO, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 5 § 1. — HOEFFNER, *Commentar. über die Heinemannschen Institutionen*. (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 464. — HARTTZECH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 12. Essi per ciò trattano solo di quelli che non possono testare. Vedi però in contrario KONOPAK, *Institutionen* (Istituzioni di diritto privato romano).

⁴⁷⁾ L. 14 Dig. h. t., 28, 1. — ULPIANO, XX, 11.

⁴⁸⁾ L. 15 Dig. *cod.*, 28, 1.

⁴⁹⁾ L. 11 § 1 Dig. *de testam. militis*, 29, 1. L. 9 Dig. *de iure codicillorum*, 29, 7.

pravvenuti dopo la confezione del testamento, specialmente se fisici, non pregiudicano. Così devono spiegarsi le leggi che dicono doversi guardare per la capacità di fare testamento tanto al momento della confezione di questo quanto a quello della morte, ma che però la perdita di quella capacità non rende sempre invalido il testamento. ULPIANO ⁵⁰⁾ nel libro XXXIX *ad Edictum* si è in proposito espresso nel modo più completo :

« Exigit praetor ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his qui testamentum facere non possunt testamentum fecerit, deinde habens testamentifactionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filiusfamilias putans se patrefamilias testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur, non potest bonorum possessione secundum tabulas peti. Sed si filiusfamilias veteranus de castrensi fecerat, deinde emancipatus vel alias paterfamilias factus decedat, potest eius bonorum possessio peti. Sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit, bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. § 9. Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore vel quod ei bonis interdictum est, potest eius peti bonorum possessio quia iure testamentum eius valet: et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem: sed ante factum eorum testamentum valet ».

Soltanto la perdita della testamentifazione *per capitis diminutionem* rende irritato il testamento ⁵¹⁾.

Chi vuol testare deve non essere stato dichiarato *intestabilis* da nessuna legge, cioè non deve essersi reso indegno del diritto di testare per avere commesso uno di quei delitti che portano con sé la perdita di quel diritto.

« Si quis ob crimen famosum damnetur, dice per esempio UL-

⁵⁰⁾ L. 1 § 8 Dig. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11.

⁵¹⁾ § 4 l. quibus modis test. infirmantur, 2, 17; L. 8 §§ 1-4 Dig. h. t.; L. 6 § 5, 6, 7 Dig. de iniusto, rupto, irritato testam., 28, 3. — Vedi KONOPAK, *Institutioni*, § 341.

PIANO, lib. I *ad Subinum* ⁵²⁾, Senatusconsulto expressum est ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi ».

ULPIANO c'insegna anche che un *intestabilis* non può neppure essere testimonio in un testamento ed è in questo senso che parlano di *intestabiles* le Istituzioni ⁵³⁾, laddove dicono: « neque ii quos leges iubent improbos intestabilesque esse possunt in numero testium adhiberi ». Le parole *improbus intestabilisque* si trovavano già nella citata legge delle XII Tavole: « Qui se sierit testarier etc. » dove la parola *intestabilis* è presa nel suo significato originario ed indica uno che per pena è incapace di essere adibito come testimone in un atto giuridico solenne ⁵⁴⁾. Con questa pena molto logica le XII Tavole colpivano coloro i quali dopo essere stati chiamati a fare da testimoni o da libripren di un atto di mancipazione rifiutavano di renderne testimonianza; costoro dovevano essere incapaci di essere adibiti nuovamente per testimoni in un atto solenne onde GELLIO ⁵⁵⁾ usa come contrapposto la designazione *testabiles* per coloro ai quali compete un tale *ius testimonii dicendi*. GAIO ⁵⁶⁾ infine pone anche l'esenza della intestabilità in ciò che l'*intestabilis*, specialmente qui in tema di testamento, non possa essere adibito quale testimone. Egli dice nel lib. XXII *ad Edictum provinciale*:

« Cum lege quis intestabilis iubetur esse eo pertinet ne eius testimonium recipiatur ».

Poichè GAIO trattava nel libro XXII *ad Edictum provinciale* delle ingiurie, come appare dal confronto della L. 12 e L. 19 Dig. *de iniuriis* 49, 10 tratte da quel libro di GAIO, questo testo si riferisce,

⁵²⁾ L. 18 § 1 Dig. h. t., 28, 1.

⁵³⁾ § 6 I. *de test. ordin.*, 2, 10.

⁵⁴⁾ Vedi REINOLDUS, *Variarum*, cap. VI negli *Opuscula* edita a JUGLERO, pag. 75 segg. — ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), I, § 128.

⁵⁵⁾ *Noctes Atticae*, lib. VI c. 7.

⁵⁶⁾ L. 26 Dig. h. t. In questo senso ARCADIO CHARISIO dice nella L. 21 pr. Dig. *de testibus*, 22, 5: « Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit ». — Confronta la L. 5 § 9 Dig. *de iniuriis*, 47, 10 e C. RAU, *Dissertatio de Aurelio Arcadio Charisio vetere iuriconsulto*, Lipsia 1773, cap. IV, pag. 25.

secondo ogni probabilità, ad un *intestabilis qui ob carmen famosum damnatus est* ⁵⁷⁾. In seguito la parola *intestabilis* acquistò per interpretazione un significato più esteso. E alla incapacità passiva di far da testimoniaio si aggiunse quella attiva di poter richiedere altri che ci assista come testimoniaio. GAIO osservava questo nel testo sopra citato col soggiungere tosto:

« et eo amplius, ut quidam putant, ne ipsi dicatur testimonium ».

Però, tanto in questo quanto nel senso di incapacità a fare da testimoniaio, deve sempre intendersi testimoniaio in un atto solenne ⁵⁸⁾.

Conseguenza naturale di ciò era che colui il quale per pena non potesse essere testimoniaio in un testamento nè chiedere ad altri che gli facesse testimoniaia, neppure potesse fare un testamento egli stesso ⁵⁹⁾. E così ULPIANO dopo avere, nel sopra citato lib. I *ad Subinum* ⁶⁰⁾, detto che colui cui *lege bonis interdictum est* non può testare, soggiunge tosto:

« merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat ».

Secondo la parafrasi greca di TEOFILO ⁶¹⁾ sembra però che si sia andati anche più in là, togliendo agli *intestabiles* anche la capacità di acquistare qualche cosa per testamento. TEOFILO considera, in riguardo alla citata legge delle XII Tavole *qui se siorit testarior* etc., il caso che un testimone il quale sia intervenuto ad un testamento e l'abbia sottoscritto e suggellato, si rifiuti dopo la morte del testatore di riconoscere la propria firma e il proprio sigillo e vuole spiegare la sanzione della legge « *improbis intestabilisque esto* »; e dice:

μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι καὶ οὐκ ἔωσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης οὐδὲ διδόναι αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παρρησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ παρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου. « (Oderunt hunc leges neque permittunt

⁵⁷⁾ Vedi REINOLD., *Variorum* cap. 7. — *Opuscula* pag. 81.

⁵⁸⁾ Vedi ZIMMERN, § 128, pag. 460 note 8 e 9.

⁵⁹⁾ Cfr. specialmente MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), parte III, § 2 pag. 85 segg.

⁶⁰⁾ L. 18 pr. Dig. h. t., 28, 1.

⁶¹⁾ Lib. II tit. 10 § 6. Tomo I pag. 338 ediz. REITZ.

eum quid capere ex alieno testamento; neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente »; vers. REITZ).

Nelle leggi del diritto giustiniano però non si trova alcun cenno di questo effetto dell'incapacità dell'*intestabilis*, forse perchè colui il quale è per pena incapace di far testamento come di esser testimone in testamento di altri s'intende facilmente essere anche incapace di acquistare per testamento. È però questione se nel caso citato da TEOFILO secondo le XII Tavole la pena dell'intestabilità esista tuttora anche per diritto giustiniano. Tutto ciò infatti riposa solo sulla testimonianza di TEOFILO, testimonianza che il DONELLO ⁶²⁾ non a torto rigetta. Certo è che la pena minacciata pel caso in questione nelle XII Tavole non appare mai nelle fonti giustiniane, niun dubbio dunque ch'essa sia ormai fuori d'uso. E ciò appare chiaramente dal fatto che ULPIANO nel lib. LVIII *ad Edictum* ⁶³⁾ dice di quei testimoni che si rifiutino di riconoscere il loro sigillo, che debbano esservi costretti dal Pretore, probabilmente coi soliti mezzi della *pignoris capio* o della multa. Ma di ciò parleremo più diffusamente a suo tempo.

§ 1404 a.

Chi sia incapace di testare.

Per le cose fin qui premesse sono incapaci di testare:

I. Coloro ai quali all'epoca del testamento manca la libera coscienza o l'uso dell'intelletto. Appartengono a questi:

1.° I pazzi, *furiosi*. Essi hanno bensì, come osserva MARCELLO, *ad Pomponium* ⁶⁴⁾, la testamentifazione passiva; ma non possono testare *quia mente carent*, come dice GIUSTINIANO nelle Istituzioni ⁶⁵⁾.

⁶²⁾ *Commentarii iuris civilis*, VI, c. 5 § 12 in fine. Vol. III pag. 307 editio novissima Norimbergae 1807.

⁶³⁾ L. 3 § 9 Dig. *de tabulis exhibendis*, 43, 5. — Vedi REINOLD., loc. cit., pagina 80 segg.

⁶⁴⁾ L. 16 § 1 Dig. h. t., 28, 1.

⁶⁵⁾ § 1 *Quibus non est permissum facere testamentum*, 2, 12.

Non sembra però che con questa formula sia bene espresso il motivo della incapacità; avrebbe dovuto dirsi piuttosto *quia non sanae mentis sunt*, perchè non hanno l'uso dell'intelletto; e per ciò non hanno capacità. GIULIANO dice nel lib. XXXVII *Digestorum* ⁶⁶⁾:

« *Furiosus non intellegitur codicillos facere, quia nec aliud quidquam agere intellegitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur* »

Poichè la volontà richiede sempre libertà dello spirito e così l'uso del proprio intelletto, così certamente il motivo arrecato da POM-
PONIO, lib. XXXIV *ad Sabinum* ⁶⁷⁾, *furiosi nulla voluntas* è il più esatto. Nel riguardo medico-psicologico importa moltissimo distinguere le specie di pazzia. Questa può essere semplicemente parziale e limitantesi ad un'idea fissa, monomania; in tal caso essa può anche esser collegata con una intelligenza normale nel resto, per fino anche con nettezza di giudizio, avendo tale pazzia il più spesso la sua ragione d'essere in una esaltazione della facoltà di concepire.

Può essere invece generale e circolare; e infine può essere continua o discontinua. In quest'ultima ipotesi vi sono lucidi intervalli nei quali l'alienato torna nel pieno possesso delle sue facoltà intellettive ⁶⁸⁾. E come gli atti compiuti in questi lucidi intervalli hanno in generale effetti giuridici ⁶⁹⁾, così anche un testamento fatto da un alienato durante un lucido intervallo vale, purchè, s'intende, il lucido intervallo abbia durato per tutto il tempo della confezione del testamento. A ciò si riferisce la seguente decisione diretta dall'imperatore GIUSTINIANO nell'a. 530 al prefetto del pretorio GIULIANO, L. 9 Cod. *qui test. facere poss.*, 6, 22 ⁷⁰⁾:

⁶⁶⁾ L. 2 § 3 Dig. *de iure codicillorum*, 29, 7.

⁶⁷⁾ L. 40 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17.

⁶⁸⁾ Vedi HENKE, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin* (Trattato di medicina legale), §§ 253-262.

⁶⁹⁾ BERG, *Von leichten Augenblicken bei Geisteskränken* (Dei momenti di lucido intervallo nei pazzi) nelle sue *Iuristische Beobachtungen und Rechtsfälle* (Osservazioni e casi giuridici), parte III n. 22 pag. 243 seg., HENKE, *Lehrbuch* (Trattato di medicina legale), § 205. — MASIUS, *System der gerichtlichen Arzneikunde* (Sistema della medicina legale), § 307.

⁷⁰⁾ Cfr. su questa decisione E. MERILLIO, *Expositiones in quinquaginta deci-*

« Furiosum in suis induciis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est quod simili modo antiquos animos movit si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque tale testamentum hominis qui in ipso acto testamenti adversa valetudine tantus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum vel ultimam voluntatem et hoc sana mente incoeperit facere et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcumque ultimam voluntatem censemus: si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actionibus legitima observatio requirit ».

Il testamento fatto dal furioso nell'intervallo di libera e perfetta coscienza rimane valido anche se il furore cessato fino a quel momento si rinnova alla pari del testamento fatto prima della pazzia, come dice GIUSTINIANO nelle Istituzioni ⁷¹⁾:

« Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur, certe eo quod ante furorem fecerint. Nam neque testamenta recte facta neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit ».

Pertanto nel giudicare della validità d'un testamento d'un furioso o alienato si deve guardare solo al momento della confezione: ciò che insegna espressamente LABEONE nel lib. I *Posteriorum a Iavoleno epitomatorum* ⁷²⁾:

« In eo qui testatur eius temporis quo testatur integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est ».

Del resto è intuitivo che la prova che un pazzo abbia testato durante un lucido intervallo incombe sempre nel dubbio a chi sostiene ciò ⁷³⁾.

siones Iustiniani, n. XII, Opera, II, pag. 29 segg. — WESTPHAL, *Theorie des Röm. Rechts von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 35.

⁷¹⁾ § 1 in fine I. quibus non est perm. facere test., 2, 12. Cfr. pure l. 20 § 4 Dig. h. t., 28, 1.

⁷²⁾ L. 2 Dig. h. t., 28, 1.

⁷³⁾ Vedi STAUDNER, *Dissertatio iuris germanici de testamentis dementium infirmis*, § 14-17. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, spec. 347, med. 3, 4, 5. — BERG, op. cit., § 12. pag. 256.

L'imbecillità (*mentis imbecillitas*) e l'ebetismo (*amentia, fatuitas*) sono parificati alla pazzia perchè distruggono od annullano la coscienza di sè e per conseguenza l'intelletto e la libertà ⁷⁴). Ma poichè qui si tratta di circostanze di fatto, così la cosa più opportuna di solito è il rimettersene per ogni caso al giudizio del medico o del giudice ⁷⁵). Lo stesso vale anche per la melanconia che spesso diventa poi pazzia; prima però di raggiungere questo grado non toglie nè la coscienza di sè nè la facoltà di ragionare ⁷⁶).

La stupidità o scempiaggine (*stupiditas, simplicitas*) non appartiene invece al genere pazzia, nè può considerarsi in modo alcuno alienazione mentale, non togliendo essa nè la libertà nè la facoltà di prendere una determinazione ⁷⁷). Essa dunque non impedisce la testamentificazione ⁷⁸).

2.° Simili ai furiosi sono quegli ammalati colpiti da malattia corporea di specie tale che distrugga la libertà di volere e la coscienza di sè. I medici chiamano questo stato di malattia la follia febbrile ed essa ha il medesimo effetto giuridico della follia cronica o di quella continua ⁷⁹). Ciò è confermato da PAOLO, lib. III *Sententiarum* ⁸⁰):

« In adversa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest ».

⁷⁴) L. 2 Dig. *de postulando*, 2, 6 L. 19 in f. L. 21 Dig. *de rebus auct. iud. poss.*, 42, 5. — Vedi HENKE, *Trattato cit.*, § 247.

⁷⁵) Vedi STAUDNER, *Dissertatio de testamentis dementium infirmis*, Altdorf 1758, § 4-6.

⁷⁶) Vedi ALBERTI, *Dissertatio de melancholia*, Hala^m 1713. — STRYK, *Dissertatio de dementia et melancholia*, Francifurti ad Viad. 1673. — STAUDNER, *Diss. cit.* § 5. — MEYTZGER, *Gerichtliche Arzneiwissenschaft* (Medicina legale), § 411 della 5.^a ediz. Königsberg e Lipsia 1805.

⁷⁷) Vedi HENKE, *Lehrbuch* (Trattato di medicina legale), §§ 247, 248, 2.^a ed. Berlino 1819.

⁷⁸) STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. III, § 27 — WERNER, *Selectae observationes forenses*. I, parte I obs. 174. — HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani-Germanici*, II, § 1252 nota b. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 14.

⁷⁹) Vedi METZGER, *System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft* (Sistema della medicina legale), § 410. — HENKE, *Lehrbuch* (Trattato di medicina legale), § 255.

⁸⁰) L. 17 Dig. h. t., 26, 1.

Una malattia che non abbia influenza sulla volontà non può dunque togliere la testamentifazione ⁸¹⁾. E questo non solo è detto espressamente da PAOLO nel testo citato ⁸²⁾, ma è rescritto anche dagl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, L. 3 Cod. *qui test. facere poss.* 6, 21: « Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre ».

Pertanto secondo il diritto comune anche un moribondo può sino colla voce trouca dichiarare la sua ultima volontà, purchè egli abbia intelligenza e coscienza di sè e possa esprimere la sua volontà in modo intelligibile ⁸³⁾. Anzi, per favore speciale ai testamenti, si presume sempre nei casi dubbii che il moribondo fosse nella pienezza del suo intelletto, fin tanto che non sia provato il contrario. Ciò che notava già lo stesso HELLFELD, § 1404 ⁸⁴⁾.

3.° Gli ubbriachi ad un grado molto elevato ⁸⁵⁾. Essi sono nelle leggi parificati ai pazzi ⁸⁶⁾. Si discute se debbano parificarvisi anche

⁸¹⁾ Secondo l'antico diritto tedesco non valevano i testamenti fatti al letto di malattia: il testatore doveva prima di testare dar prova di forza fisica e intellettuale. I testamenti dovevano esser fatti a cielo scoperto (*ungehabet und ungestabt*, come si diceva), oppure davanti al magistrato. Colla recezione del diritto romano però questo antico diritto tedesco andò abrogato. Vedi KOPP, *Specimen iuris Germanici privati de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis vulgo « ungehabet und ungestabt »*. Fran cfr. ad Moenum 1736, § 10, 11. — MITTERMAIER, *Grundsätze* ecc. (Principii del diritto comune tedesco), § 407.

⁸²⁾ L. 17 Dig. h. t. e L. 2 cod. 28, 1.

⁸³⁾ L. 15 Cod. *de test.*, 6, 23 — STRYK (o C. WILDVOGEL), *Dissertatio de effatis agonizantium*. Francof. ad Viadr. 1666, cap. I § 9. — STRYK, *Dissertatio de testamentis corpore vitiaiorum*, Halae 1702, § 36. — STAUDNER, *Diss. cit. de testamentis dementium infirmis*, § 10. — GEIGER e GLÜCK, *Rechtsfälle* (Casi giuridici), vol. III n. 42 § 6 pag. 182 segg.

⁸⁴⁾ Arg. L. 39 § 1 Dig. *de legatis*, III, 32. — STRYK, *Diss. de effatis agonizantium*, cap. I § 8. — C. L. CRELL, *Observatione de probatione sanae mentis*, Vitembergae 1737, obs. 5. — REICHE, *Commentatio ad h. t. Pand.*, § 5. — Cfr. HENKE, *Lehrbuch* (Trattato di medicina legale), § 256 nota XX. — MASIVS, *System* (Sistema della medicina legale), § 298 nota b.

⁸⁵⁾ STAUDNER, *Diss. cit.*, § VII. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 15.

⁸⁶⁾ Vedi al § 288 di questo *Commentario* (vol. IV, pag. 57 dell'ediz. tedesca. Lib. II tit. 14 della presente versione). — Cfr. HENKE, *Lehrbruch* (Trattato di

le persone colte da una fortissima ira. Alcuni ⁸⁷⁾ credono che a queste non si debba negare la capacità di testare. Altri ⁸⁸⁾ invece ritengono invalido il testamento fatto sotto l'impeto dell'ira quando si possa dimostrare che il testatore nel tempo della confezione del testamento si sia trovato in uno stato tale di commozione da non esser capace di prendere una determinazione libera e ponderata; credono però che questo come il testamento dell'ubbbriaco possano divenire validi per una ratifica sopraggiunta posteriormente quando il testatore è tornato nello stato normale. Una terza opinione però non crede che la mancanza di validità possa mai supplirsi colla ratifica ⁸⁹⁾. A me sembra che qui due siano i punti di questione interessanti. 1.° Il testamento fatto sotto l'impeto dell'ira è invalido? 2.° La ratifica sopraggiunta dopo nello stato d'animo normale lo rende valido?

Per quel che riguarda il primo punto di questione la maggior

medicina legale), § 282. — MASIUS, *System* (Sistema della medicina legale), § 304.

⁸⁷⁾ F. Guglielmo DANNBUTHER, *Dissertatio de testamento irati valido, praeside G. F. DEINLINO def.* Altdorfi 1747. — C. F. WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II cap. 4 membr. 1 § 4. — WESTPHAL, *Grundsätze von rechtlichen Beurtheilung der aus Hülfe des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen* (Principii sopra l'apprezzamento giuridico degli atti leciti od illeciti, compiuti sotto l'impeto dell'ira), Halle 1784, cap. 1 § 6 segg. in specie § 43. — L. G. MADIHN, *Principia iuris Romani de successionibus*, § 99 in f. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II libro V § 442.

⁸⁸⁾ LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V spec. 352, med. 3, 4. — BERG, *Ueber ein im Zorn errichtetes Testament* (Sopra il testamento fatto nell'impeto d'ira) nelle sue *Beobachtungen* ecc. (Osservazioni e casi giuridici), parte I n. IX pag. 187-202. — THIBAUT, *System des Pand. Rechts* (Sistema delle Pandette), vol. II § 786. — HUFELAND, *Lehrbuch des gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts* (Trattato del diritto civile comune o sussidiario), volume II § 1084 nota d. — ZIMMERN, *Grundriss* (Sommario del diritto ereditario) I, pag. 54. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 15 pag. 16.

⁸⁹⁾ Vedi STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. III § 32. — WERNHER, *Lectissima Commentatio in Pandectas*, II, h. t., § 4 pag. 538 segg. — STAUDNER, *Diss. cit.*, § VIII. — G. E. G. MUELLER, *Observationes practicae ad Leyserum*, tomo III fasc. 2 obs. 620. — VALET, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette secondo la pratica), volume III § 959.

parte degli scrittori ⁹⁰⁾ sono dell'opinione che il testamento fatto sotto l'impeto d'ira sia nullo e quest'opinione sembra trovare appoggio anche nella regola generale insegnata da PAOLO, lib. XXXV *ad Edictum* ⁹¹⁾:

« Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur non prius ratum est quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse ».

La passione può certamente raggiungere un grado così elevato da togliere la coscienza e la libertà d'azione ⁹²⁾. Ma che un tal grado si abbia appunto nel caso del testamento fatto nell'impeto d'ira è cosa che può non senza ragione apparire dubbia. Imperocchè la confezione d'un testamento presuppone prima di tutto una determinazione per la esecuzione di essa, e questa non ha luogo senza il compimento di quegli atti nei quali consiste l'osservanza della forma prescritta dalla legge, sia il testamento giudiziale o estragiudiziale, non potendo il testamento valere senza quella forma. Ora tutte queste circostanze sono altrettante testimonianze ineccepibili della coscienza, della libera volontà e della capacità del testatore. Che se poi si aggiunga che l'ira è uno stato transitorio che anche quando è più veemente dura tuttavia poco, come insegna anche il proverbio volgare *Ira furor brevis est*, chiaro appare che dev'esser cosa molto rara che durante il compimento di tutto ciò che è necessario per la confezione del testamento l'ira non abbia intanto cessato e l'animo non si sia calmato. Che se infine il testamento vien fatto, questa perseveranza è la prova *iudicium animi fuisse*, come dice PAOLO. Nulla importa che la determinazione sia stata presa nell'ira, basta che l'esecuzione di essa avvenga dopo che è ritornata la calma dell'animo, dovendosi della validità del testamento giudicare dal tempo in cui è stato compiuto l'atto del testare ⁹³⁾. Ma per ciò, dato veramente il

⁹⁰⁾ VOET, *ad Pandectas* h. t., § 35. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.* h. t., § 17. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II, § 1252 in fine. — MALBLANC, *Principia iuris Romani*, III, § 688, pag. 826.

⁹¹⁾ L. 48 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17.

⁹²⁾ Vedi HENKE, *Lehrbuch* (Trattato citato), §§ 283, 284. — KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* (Svolgimento sistematico dei principii e delle verità fondamentali del diritto penale), vol. I §§ 120, 127.

⁹³⁾ L. 2 Dig. h. t., 28, 1.

caso che anche quest'ultimo sia compiuto in un impeto d'ira sì vemente da non potersi ammettere alcuna libertà nè certezza di volere, il che è il primo ed essenziale requisito di ogni testamento, vi sarebbe veramente un'alienazione e un uomo in preda a una tale ira sarebbe da parificarsi all'ubriaco ed al furioso. Qui potrebbe sorgere soltanto la seconda delle questioni sopra proposte, se cioè un testamento siffatto potesse venire convalidato dalla ratifica posteriore. Molti scrittori lo affermano sulla base della sopra citata L. 48 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17. Essi dicono che questa contiene una regola generale e deve valere specialmente pei testamenti, non potendo il defunto essere più interrogato circa la certezza della sua volontà. Però, affinchè il testamento compiuto nell'ira acquisti valore occorre, secondo essi, che possa dimostrarsi una perseveranza vera ed indubbia e questo può avvenire in due modi: 1.° se il testatore dopo avere pienamente riacquisitato la calma dell'animo abbia avuto conoscenza precisa di ciò che fece nell'impeto d'ira; 2.° se il testatore abbia con parole od atti a sangue freddo fatto conoscere ch'egli intende perseverare nella dichiarazione di volontà da lui fatta nell'impeto dell'ira. Solo in tali ipotesi può dirsi: « *ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit iudicium animi fuisse* »⁹⁴). Io però credo che quella regola la quale si riferisce solo ad atti fra vivi, come appare dall'esempio « *ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur* » e dal confronto colla L. 3 Dig. *de divortis* 24, 2, non sia applicabile al testamento valendo per questo un'altra regola così espressa da GIACCOLO, lib. X *Epistolarum* ⁹⁵):

« *omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* ».

Infatti quando un testamento è nullo da principio per la ragione che il testatore fu incapace al momento della confezione non si può giuridicamente parlando dire che vi sia nè vi sia mai stato un testamento. Se dunque per questa incapacità del testatore al momento della confezione non c'era testamento, una capacità sopraggiunta po-

⁹⁴) Vedi BERG, *Abhandlung* ecc. (Dissertazione citata nelle Osservazioni e casi giuridici), vol. I n. IX § 15 pag. 200 seg.

⁹⁵) L. 201 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17.

steriormente non può supplire questo difetto che da principio avea impedito l'esistenza del negozio giuridico. Quale efficacia può avere dunque su d'un atto giuridicamente inesistente la perseveranza di volere, quale la ratifica avvenuta in seguito nello stato d'animo normale? Già per questi riflessi si comprende la necessità della regola Catoniana (XXIV, 7) nei testamenti, come una regola derivante dalla natura stessa delle cose ⁹⁶). Sulla base di questa regola pertanto il negozio giuridico tutto quanto deve essere rinnovato, poichè esso, per la incapacità della persona del testatore, non può esser considerato fino a quel momento come esistente. Per questo motivo il testamento del furioso non diviene valido pel fatto che egli abbia riacquisitato l'uso della sua intelligenza ⁹⁷). Ora le persone sotto l'impeto d'ira la più veemente come gli ubbriachi al più alto grado sono parificati ai furiosi. Perchè dunque si farebbe per costoro una eccezione alla regola di LABEONE ⁹⁸): « in eo qui testatur eius temporis quo testamentum facit, integritas mentis exigenda est? » ^d).

⁹⁶) Cfr. specialmente C. G. GUYET, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts* (Dissertazioni di diritto civile). Heidelberg 1829, dissert. 5.^a pagine 108-112.

⁹⁷) § 1 I. *quibus non est perm. fac. test.*, 2, 12. L. 1 § 8 Dig. *de bon. poss. sec. tabulas*, 37, 11.

⁹⁸) L. 2 Dig. *h. t.*, 28, 1.

d) Il codice civile italiano dichiara incapaci di testare gl'interdetti per infermità di mente e quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento (art. 763). Per ciò anche per diritto moderno sono incapaci di testare non solo i pazzi colpiti da infermità abituale, ma quelli pure che nel momento del testamento non furono, anche per cause puramente transitorie, sani di mente. Così l'ubbrachezza, l'ira, i mali del corpo, potendo tutti esser cause di perturbamento intellettuale che tolgano al testatore la capacità d'intendere e di volere seriamente, possono anche essere cause d'incapacità a testare. Cfr. VITALI, *Suocessioni*, I, 579 seg. e autori e decisioni ivi citati.

§ 1404 b.

Segue, degli incapaci di testare. Sordi e muti.

Sono incapaci di testare.

4.° I sordo-muti *a natiuitate*⁹⁹). A questi si riferisce la notevole costituzione di GIUSTINIANO diretta al prefetto del Pretorio Giovanni nell'a. 531 *post consulatum Lampadii et Orestis*:

« Discretis¹⁰⁰) surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus si quis utroque morbo simul laboret, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere; eidem legi tam masculos quam feminas obedire imperantes. Ubi autem et huiusmodi vitii non naturalis sive masculo sive feminae accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus huiusmodi personam litteras scientem omnia quae priori interdiximus haec ei sua manu scribenti permittimus. Sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit, et surdis licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis et in mortis causa donationibus et in libertatibus et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata

⁹⁹) Confr. RIVINI, *Dissertatio de testamento surdi et muti natura talis valido*, Lipsiae 1740. — MAIANSII, *Disputatio de surdorum et mutorum testamenti faetione*, in EIUS, *Disputationes iuris*, I (Lugduni Batavorum 1754', n. XXX, pag. 448-460. — GENSLER, *Das Testament einer taubgebörner und sprachlosen Person* (Il testamento del sordo muto a natiuitate) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile edito da GENSLER, MITTERMAIER e SCHWEPPE), vol. III, n. XXII, pagine 345-374. — BUELOW e HAGEMANN, *Practische Brörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* (Dissertazioni pratiche su varie parti della scienza del diritto), volume IX, diss. 9, pagine 137-146. — GUYOT, *Dissertatio de iure surdo-mutorum*, Groeningae 1824, cap. 2.°.

¹⁰⁰) Invece che *discretis* deve forse leggersi *de discretis*, a cagione della parola *sancimus*.

ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia quae voluerit facere; quia scimus quosdam iurisperitos et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur secundum quod Inventio Celso placuit. In eo autem cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero aures quidem apertae sint et vocem recipientes, lingua autem eius penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus nihil prohibet eum scribentem haec omnia facere, sive naturaliter sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit; nullo discrimine neque in masculis neque in feminis in omni ista constitutione servando ».

GIUSTINIANO ha con questa costituzione in parte mutato e in parte esteso l'antico diritto. Secondo il diritto antico i sordi e i muti non potevano affatto testare, anche se semplicemente sordi o semplicemente muti, sapessero o non sapessero scrivere. Il testamento di tali persone era nullo sì per diritto civile come per diritto pretorio. E nulla importava se il testatore fosse sordo muto dalla nascita, o lo fosse divenuto per malattia o per accidente. Solo occorreva che fosse come è detto nelle Istituzioni ¹⁾, veramente sordo cioè affatto privo dell'udito, o veramente muto cioè affatto privo della favella; imperocchè colui che udiva a stento come colui che parlava a stento non erano capaci di testare. Parimente il testamento non era nullo quando un tale vizio fosse sopraggiunto al testatore dopo la confezione del testamento. Così insegnano i giureconsulti romani nei fr. delle Pandette.

¹⁾ § 5 I. *quibus non est perm. facere test.*, 2, 12. « Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intellegitur qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt ».

Parecchie edizioni, per esempio quella del CUIACIO e quella di БУСК, leggono invece di *variis casibus*, *variis causis*. Questa lezione è stata accettata anche da ERMANNO VULTEIO, FRANCESCO BROCO, EMANUELE MERILLIO ed EVERARDO OTTONE nei loro *Commentarii*, e concorda con la *Parafrasi* di TEOFILO, ov'è detto: πλείστοι δὲ αἱ ταύτης ἐπὶ χροῦσαι αἰτίαι.

L. 6 § 1 D. h. t. 28, 1. GAIUS, lib. XVII *ad Edictum provinciale*: « Surdus et mutus testamentum facere non possunt, sed si quis post testamentum factum valetudine aut qualibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum ».

Lo stesso insegnano POMPONIO, *lib. sing. Regularum* ²⁾, PAOLO, *lib. sing. de iure codicillorum* ³⁾, PAPINIANO, *lib. VI Responsorum* ⁴⁾, e ULPIANO ⁵⁾, il quale pone il fondamento principale di questa regola nella natura e nella forma dell'antico testamento *per aes et libram*:

« Mutus, surdus... testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest » ⁶⁾.

Solo pei soldati si faceva eccezione ⁷⁾, non essendo essi legati ad alcuna forma e potendo quindi testare come volevano ⁸⁾. Un pagano sordo o muto doveva chiedere all'imperatore la concessione di far testamento, quando fosse in grado di poter esporre la propria ultima volontà sia a voce sia in iscritto: e questo gli era concesso volentieri allo scopo di acquistare la *vicesima hereditatum* ⁹⁾ all'erario militare. EMILIO MACRO nel lib. I *ad legem vicesimam hereditatum* ¹⁰⁾, da cui è tolta la L. 7 Dig. h. t., dice:

²⁾ L. 16 pr. Dig. h. t., 28, 1.

³⁾ L. 8 § 3 Dig. *de iure codicillorum*, 29, 7.

⁴⁾ L. 9 § 1 Dig. *unde cognati*, 38, 8.

⁵⁾ XX, 13.

⁶⁾ Cfr. XX, 9.

⁷⁾ § 2 I. *de militari testam.*, 2, 11: « Quin imo, et mutus et surdus miles testamentum facere potest ». Così pure ULPIANO, L. 4 Dig. *cod.*, 29, 1.

⁸⁾ GAIUS, II, 114. L. 1 pr. Dig. *de test. mil.*, 29, 1.

⁹⁾ Vedi BERTRANDI, *Βίολι νομικαὶν. sive de iurisperiis*, lib. I e cap. 33 pag. 155. — OTTONE, *Comm. ad § 3 Inst. quibus non est perm. fac. test.* — MAIANIO, *Diss. cit.*, § 9, I, pag. 553.

¹⁰⁾ Questa *lex vicesima hereditatum*, com'è qui chiamata inesattamente (Vedi BACH, *Historia iurisprudentia Romanae*, libro III cap. 1 e sez. 2.^a § 5), è la *lex Iulia-vicesimaria* approvata nell'anno 759 a. u. c. su proposta dell'imperatore Augusto, la quale imponeva una tassa del 5 per cento sulle eredità e sui legati. CARACALLA la elevò al 10 per cento. L'imperatore GRAZIANO deve, secondo ogni probabilità, averla abolita; ma ciò si afferma di solito senza prova. Certo è però che già prima di GIUSTINIANO essa era fuori d'uso. L. ult. Cod. *de edicto divi Hadriani tollendo*, 6, 33. — Cfr. BEERMANN, *Vectigalia populi Romani*. Leidac 1734, Cap. XI pag. 160 segg.

« Si mutus aut surdus ut liceret sibi testamentum facere a principe impetraverit, valet eius testamentum ».

GIUSTINIANO ha raddolcito il rigore dell'antico diritto concedendo ai sordi e ai muti in taluni casi la facoltà di testare secondo le prescrizioni della riferita costituzione. In base a questo devono ora distinguersi le ipotesi seguenti:

I. Alcuno è insieme sordo e muto. In tal caso:

1.^o È sordo muto dalla nascita. Qui GIUSTINIANO ha confermato la regola dell'antico diritto.

Anche secondo questa nuova costituzione un tale sordo-muto è incapace di fare testamento o codicillo, di lasciare fedecommissi di far donazioni a causa di morte; ed è indifferente se il sordo-muto sia un maschio o una femmina. Il motivo di questa disposizione è senza dubbio che si considerarono i sordo-muti dalla nascita come persone non aventi l'uso dell'intelletto e si ritenne perciò impossibile ch'essi potessero esprimere la loro volontà in un modo intelligibile ¹¹⁾. In ciò concordano anche le opinioni dei nostri medici moderni, i quali insegnano che il sordomutismo ha per le sue conseguenze giuridiche lo stesso valore dell'imbecillità o della fatuità, a meno che la naturale debolezza e insufficienza dell'intelletto del sordo-muto non sia stata più o meno tolta da una conveniente istruzione nell'età giovanile ¹²⁾. L'arte di istruire i sordo-muti non era conosciuta ai tempi di GIUSTINIANO; per ciò non era possibile parlare a riguardo dei sordo-muti della concessione di un così detto *privilegium testamentifactionis* ¹³⁾. Ma poichè ai nostri giorni sono in più luoghi sorti istituti di educazione pei sordo-muti, nè son rari gli esempi di persone nate sordo-mute le quali mediante l'istruzione

¹¹⁾ L. 12 § 2 Dig. de iudiciis, 5, 1. L. 65 § 3 in fine Dig. ad S. C. Trebell., 36, 1. Vedi RIVINO, Diss. cit., § 7. — MAIANISIO, Diss. cit., § 14. — WALCH, ad Hoppii, Commentationes ad Instit. Iustiniani § 3 tit. quib. non est perm., nota a pag. 415.

¹²⁾ Vedi HENKE, Lehrbuch (Trattato di medicina legale), § 290. — MASIUS, System der gerichtl. Medicin (Sistema della medicina legale), § 305.

¹³⁾ La legge però non esclude che il sordo muto possa domandare la *venia testandi*, quando sarebbe possibile per lui di testare. Vedi GENSLER, Scritto cit. nell'Archiv (Archivio della pratica civile), III, n. XXII, § 3, pag. 364.

nel linguaggio scritto siano arrivate ad acquistare una sufficiente prontezza nel leggere e nello scrivere e abbiano dimostrato in tutto il loro sistema di vivere o di agire un intelletto sano e conoscenza esatta delle relazioni della vita comune¹⁴), o per lo meno abbiano imparato a farsi intendere mediante segni in modo da poter essere compresi perfettamente, massime da quelli che abbiano vissuto con loro in una familiarità di molti anni¹⁵); in tali casi venendo a mancare il motivo della disposizione di GIUSTINIANO si domanda se a tali sordo-muti nati non debba oggi concedersi la capacità di far testamento. I nostri scrittori non esitano a rispondere affermativamente, ma poichè vi è una disposizione di legge chiara in contrario, così essi richiedono almeno una dispensa accordata dal principe dietro domanda, la qual dispensa suole concedersi soltanto dopo un'inchiesta preliminare, nella quale devono interrogarsi sotto il vincolo del giuramento quelle persone che sono in grado di spiegare il significato dei segni dei sordo-muti¹⁶). Alcuni¹⁷) vanno poi più in là e nel caso in cui il sordo-muto abbia mediante l'istruzione acquistata capacità di leggere e scrivere in modo da poter dichiarare la propria volontà per iscritto non ritengono neppur necessaria la dispensa del principe. Tuttavia essi raccomandano di chiederla per maggiore sicurezza. Quanto a me sono persuaso che se anche la dispensa del principe arrivasse per avventura troppo tardi, astraendo anche dal riflesso che gli atti sanati dalla grazia acquistano vigore già sino

14) Un caso notevole è trattato da BÜLOW e HAGEMANN, *Practische Erörterungen* (Dissertazioni pratiche su varie parti della scienza del diritto), vol. II, dissert. IX.

15) Esempii siffatti sono in PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, III, obs. 178. — CLAPROTH, *Abhandlung von Testamenten* (Dissertazione sui testamenti), § 5, pag. 15 segg. e GENSLER, loc. cit., § 2, pagg. 349-365.

16) PUFENDORF, loc. cit. CLAPROTH, loc. cit. — HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani-Germanici*, II, § 1255 nota d. — RIVINI, *Diss. cit.*, § XV-XXI. — MALBLANC, *Principia iuris romani*, L. ult. § 688 nota s. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 797. — HUFELAND, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile), II, § 1084 nota 2. — GENSLER, *Diss. cit.*, § 346. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, libro V § 442.

17) S. STRYK, *de cautelis testamentorum*, cap. IV § 28. — BÜLOW e HAGEMANN, *Erörterungen* (Dissertazioni citate), vol. II pag. 144 seg.

dal giorno della loro confezione, il testamento dovrebbe tuttavia considerarsi sempre valido secondo le leggi dell'impero. L'ordinanza notarile dell'imperatore MASSIMILIANO I, dell'anno 1512, dice al Tit. *dei testamenti*, § 4.

« È necessario per qualsiasi testamento che colui o colei che fa testamento possa parlare in modo intelligibile o per lo meno scrivere: chi è impossibilitato all'una o all'altra di queste cose è parificato ad un morto e non può fare testamento » (Es gehört zu einem jedem Testament dass der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können denn welcher deren Keins könnte, der wird darin einem Todten gleichgeacht und mag kein Testament machen).

Mi sembra che da questa disposizione si possa con fondamento dedurre la conseguenza, che la persona capace di scrivere in modo intelligibile la propria ultima volontà, anche se sia per natura priva dell'udito e della favella, sia autorizzata a far testamento anche senza speciale concessione del principe.

2.º Il sordo-muto non è nato tale, ma ha perduto per malattia o accidente l'udito e la favella. Qui importa sapere se il sordo-muto sappia scrivere e sia quindi capace di scrivere le proprie ultime volontà, in tal caso potendo egli testare anche senza speciale concessione del principe¹⁸). La legge non richiede questa condizione. Sono notevoli le seguenti parole:

« Si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia quae priori interdiximus haec ei sua manu scribenti permittimus ».

Ma se il sordo-muto *non a natiuitate* non sappia scrivere, ma sia in grado di leggere e capire ciò che scrivono gli altri, oppure se egli sappia fare intendere mediante segni quello che vuole che si scriva e lo scritto gli sia letto ed egli possa con segni dare ad intendere che è scritto secondo il suo volere? A un tal sordo-muto non si dovrebbe applicare lo stesso diritto che al sordo-muto che sa scrivere? Io credo di no; perchè la legge pone come condizione espressa della capacità di testare del sordo-muto l'essere l'ultima

¹⁸) Vedi GENSLEB, *Diss. cit.*, § 3 pag. 367.

volontà sua scritta di proprio pugno. In questi casi dunque si dovrebbe piuttosto chiedere la dispensa del principe¹⁹⁾.

II. Alcuno è soltanto sordo o soltanto muto. Il sordo può testare oralmente e il muto, quando sappia scrivere, in iscritto senza bisogno di dispensa. Anche qui però è condizione essenziale che il testatore scriva di proprio pugno. Nulla importa poi se il testatore sia nato sordo o muto, o se invece lo sia divenuto per malattia o per accidente. Non è certo cosa rara che alcuno sia nato muto, ma pure ci senta benissimo: ma è invece un caso che non par neppure immaginabile che alcuno sia nato sordo e pure possa parlare o, che possa esserci, per dirla con GIUSTINIANO, un *naturaliter surdus cui vox a natura concessa est*. Già PLINIO²⁰⁾ diceva: « *Auditus cui hominum primo negatus est, huic et sermonis usus et ablatus: nec sunt naturaliter surdi ut non iidem sint et muti* ». Come può acquistare la favella chi è per natura sordo? Come può imparare a parlare chi non può sentir parlare gli altri? Ciò fu già osservato anche dal MAIANUS²¹⁾. Ma all'imperatore GIUSTINIANO questa ipotesi non parve impossibile, poichè egli fondandosi sull'autorità del giureconsulto GIOVENZIO CELSO ammetteva che nessun uomo al mondo fosse assolutamente privo di udito: chiunque sente la voce, *si quis supra cerebrum illius loquatur*. Non si può con precisione determinare se fu GIOVENZIO CELSO padre, come crede il PENUOLI²²⁾, quello che per primo abbia fatto questa esperienza, oppure come pensa il BERTRAND²³⁾, GIOVENZIO CELSO figlio, quello che PAOLO chiama nella L. 91 § 3 Dig. de V. O. 45, 1 *Celsus adolescens*. Il MENAGE²⁴⁾ però crede molto sospetta la cosa stessa. Egli ha scritto una storia della medicina e dice di poter attestare con sicurezza che nessuno degli antichi medici parla mai di questa scoperta di CELSO. Comunque sia,

¹⁹⁾ GENSLER, loc. cit., nota 19 pag. 367.

²⁰⁾ *Naturalis historia*, lib. X cap. 88; tomo II pag. 463, ediz. J. HARDIUN, Parigi 1685, in altre ediz. cap. 69.

²¹⁾ *Disp. cit.*, § 11 pag. 455. Vedasi pure KLEIN, *de testatore cauto*, Rostock 1699, cap. II n. 99 seg.

²²⁾ *De claris legum interpretibus*, lib. I cap. 33.

²³⁾ *De iurisperitis*, lib. I cap. 10.

²⁴⁾ *Iuris civilis amoenitates*, cap. 27 pag. 154 sogg. ediz. HOFMANN.

per le nostre leggi è certo che un sordo, sia nato sia divenuto, può testare senza dispensa solo quando possa scrivere o parlare ²⁵⁾ e).

²⁵⁾ Vedi GENSLER, *Scritto cit.* — Però MENAGIO, loc. cit., MAIANISIO, *Disp.*, § 11 e HUBERO, *Prælectiones ad Institutiones*, II, 22 § 5 portano esempi di persone nate sorde, le quali hanno pure imparato a parlare, anzi MENAGIO cita casi in cui fu applicato con risultato il metodo di GIOVENZIO CELSO. Vedi pure HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO), § 468. Anche il BIENER, *ad Heinecii Inst.* (editio secunda, lib. II tit. 12 § 517 nota 4) sostiene la capacità di testare di tali sordi i quali abbiano imparato a scrivere o parlare.

e) Pel diritto civile italiano il sordo, il muto e il sordo-muto sono tutti capaci di fare testamento, solo sono incapaci di farlo in quelle forme nelle quali l'uso della favella o dell'udito sia essenziale.

Così il sordo-muto ed il muto non possono far testamento pubblico, perchè in questo la dichiarazione orale delle ultime volontà è forma essenziale (art. 778 cod. civ.), che non potrebbe essere sostituita neppure da equipollenti (in questo senso VITALI, *Successioni*, III, n.º 371); ma possono giusta l'art. 786 cod. civ. fare testamento segreto o testamento olografo, non essendo in tale forma necessario far uso dell'udito e sostituendosi poi alla formalità della dichiarazione orale prescritta nell'art. 783 pel testamento segreto in generale l'altra formalità speciale al testatore muto o sordo-muto che egli scriva in fronte all'atto della consegna, in presenza ai testimoni ed al notaio, che la carta presentata contiene il testamento, aggiungendo anche, se il testamento fu scritto da un terzo, di averlo letto (art. 786 cap. cod. civ.). Il sordo poi è capace anche di fare testamento pubblico, soltanto però la formalità della lettura a lui fatta dal notaio delle sue ultime volontà redatte in iscritto (art. 778 cod. civ.) deve naturalmente essere sostituita dalla formalità diversa della lettura che il testatore faccia da sé, o se egli non sappia leggere, dall'intervento di un maggior numero di testimoni, cinque invece di quattro, i quali suppliscano così il difetto di quel controllo diretto del testatore (art. 787 cod. civ.).

Deriva da questa disposizione di legge che nel diritto nostro vi è impossibilità di far testamento soltanto pel muto o pel sordo-muto che non sappiano scrivere, perocchè non solo, essi non potrebbero fare testamento olografo, ma neppure testamento segreto, essendo per essi prescritta la particolare formalità della scrittura in fronte all'atto (art. 786 cod. civ.).

Se poi il sordo-muto ed il muto abbiano per effetto della educazione acquistato la favella ci sembra fuor di dubbio che essi possono fare anche testamento pubblico, per la ragione che essi non possono più considerarsi affetti da vizio di sordo-mutismo o mutismo. Così la pensano fra i nostri scrittori il PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, III, pag. 56 n.º 28 e il VITALI, *Successioni*, III, n.º 372: opinioni diverse sono citate e confutate dal VITALI, *loc. cit.*

§ 1404 c.

Prodighi giudizialmente interdetti.

Ai furiosi son parificati per ciò che riguarda l'amministrazione del patrimonio:

5.° i prodighi interdetti giudizialmente ²⁶⁾. POMPONIO (lib. XXXIV, *ad Sabinum*) ²⁷⁾, dice degli uni e degli altri: « Furiosi vel eius cui bonis interdictum est, *nulla voluntas est* ». A questi è tolta l'amministrazione del loro patrimonio a fine di conservare questo a loro stessi e alla famiglia. Essi sono, alla pari dei furiosi, sotto cura e non hanno capacità di disporre. E come non hanno capacità di fare alienazioni²⁸⁾, così non hanno capacità di far testamento. Nelle Istituzioni è detto pertanto:

§ 2 *Quibus non est perm. facere test.* 2, 12. « Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest ».

Parimente ULPIANO nella L. 18 pr. Dig. h. t. insegna:

« Is cui lege (id est legitimo modo a Praetore vel praeside) bonis interdictum est, testamentum facere non potest et si fecerit ipso iure non valet ».

Pertanto non è al prodigo, come tale, che sia negata volontà e intelligenza; anzi nel rescritto del divo PIO che riferisce ULPIANO ²⁹⁾ è detto dei prodighi: « et si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse »; ma nei limiti in cui l'autorità toglie ad essi, a cagione della loro prodigalità, l'amministrazione dei proprii beni e dà loro un curatore *exemplo furiosi*, come dice ULPIANO ³⁰⁾, essi sono anche parificati a furiosi che non hanno volontà, vale a dire vi son

²⁶⁾ MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 461 e II, § 155.

²⁷⁾ L. 40 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17.

²⁸⁾ L. 10 pr. Dig. *de curat. furioso*, 27, 10.

²⁹⁾ L. 12 § 2 Dig. *de tut. et cur. dat.*, 26, 5.

³⁰⁾ L. 1 pr. *de curat. furioso*, 27, 10.

parificati per riguardo alla capacità di disporre del loro patrimonio. L'incapacità di testare del prodigo è dunque effetto della *bonorum interdictio*. Dal che consegue che il testamento fatto dal prodigo prima dell'interdizione è pienamente valido e rimane valido anche dopo. ULPIANO lo dice espressamente:

« Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit ».

E nelle Istituzioni stesse è detto:

« Sed id quod ante fecerit quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est ».

Se il prodigo si dovesse parificare al furioso soltanto per motivo della sua cattiva condotta, come potrebbe esser valido il testamento fatto dal prodigo prima dell'interdizione? L'interdizione non può fargli acquistare più intelletto di quello che egli abbia nè può fargliene avere di meno, come osservano giustamente Francesco CONNANO ³¹⁾ ed Emanuele SOAREZ DE RIBEIRA ³²⁾. Ond'è che ULPIANO ³³⁾ trattando delle persone che non hanno capacità di testare dà pel furioso una ragione ben diversa che pel prodigo. Di quello dice *quoniam mentem non habet*, di questo:

« Prodigus, cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest, quoniam commercium illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest ».

Lo stesso ULPIANO ³⁴⁾ insegna che *commercium est emendi vendendique invicem ius* e ai tempi di ULPIANO la forma consueta di testamento era quello *per aes et libram* consistente in una mancipazione, o vendita simbolica del patrimonio al *familiae emptor*; la qual mancipazione come dice ULPIANO stesso, certamente non poteva compiersi dal prodigo *cui bonorum suorum administratio interdicta est*. Ma la parola *commercium* non deve qui prendersi nel senso

³¹⁾ *Commentarii iuris civilis*, II, lib. IX cap. 4, fol. 675. Lutetiae 1355.

³²⁾ *Observationum iuris liber*, cap. 12 nel *Thesaurus* del MEERMANN, Tomo V, pag. 572.

³³⁾ XX, 13 (in HUGO, *Ius civile anteiust.*, tomo I pag. 59).

³⁴⁾ XIX, 5 (HUGO, pag. 51).

stretto di comprare e vendere. Infatti il testamento, di cui parla ULPIANO, non era una semplice mancipazione, ma ne faceva parte anche un secondo atto ben distinto la manifestazione della volontà, la *nuncupatio testamenti* che avveniva con questa formula: « Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote » ³⁵); a spiegazione della quale GAIO soggiunge:

« nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare ».

La parola *emptio* avea dunque nell'epoca antica un significato molto più esteso; essa indicava nel linguaggio delle XII tavole ogni specie di alienazione e principalmente dunque l'alienazione del patrimonio, che pure avveniva anche per testamento. Su ciò toglie ogni dubbio POMPONIO quando dice nel lib. XVIII *ad Quintum Mucium* ³⁶):

« Sed verissimum est quod et Aristo CELSO rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec interesse quo genere quisque dominus eius fieret ».

Certamente dunque anche la *testamentifactio* era compresa nel *commercium* o *ius commercii*, imperocchè, come giustamente dice il BUCHARDI ³⁷), essa è il *commercium* riferito al diritto di successione e consiste non solo nel diritto di fare un testamento, ma principalmente nel diritto di ereditare e di avere un erede, del qual diritto la facoltà di nominare un erede testamentario non è che una particolare applicazione.

³⁵ ULP., XX, 9. — GAIO, II, 104. — Vedi GANS, *Röm. Erbrecht* (Diritto ereditario romano), II, pag. 76.

³⁶ L. 29 § 1 Dig. de *statuliberis*, 40, 7. Lo stesso significato così esteso avevano pure le parole *ob eam rem tibi aere commercioque interdico* nell'antica formula della dichiarazione di prodigalità. PAOLO, *Rec. sent.*, III, 4 a § 7.

³⁷ *Grundzüge des Rechtssystems etc.* (Linee fondamentali del sistema giuridico dei Romani secondo i loro concetti di diritto pubblico e privato), lib. I § 9 pag. 52.

La ragione vera dell'incapacità di testare del prodigo interdetto, che da ULPIANO è riposta, come vedemmo, nell'essere coll'interdizione tolto il *ius commercii*, rimase pertanto valida anche dopo che già da lungo tempo il testamento *per aes et libram* era fuori d'uso: e per ciò anche GIUSTINIANO ha accolto così nelle Pandette come nelle Istituzioni il principio dell'incapacità di testare del prodigo giudizialmente interdetto. S'ingannano a partito quindi quegli scrittori ³⁸⁾ i quali concludono che, non essendo più da tempo in vigore sotto GIUSTINIANO la forma del testamento *per aes et libram* consueta invece ai tempi di ULPIANO, cade la ragione della legge che stabilisce quella incapacità e così anche quella disposizione del diritto romano. La ragione addotta da ULPIANO è la medesima che vale anche oggi, come a ragione sostengono anche Ludovico Goffredo MADIHN ³⁹⁾, il PRITTMANN ⁴⁰⁾ e lo SCHWEPPE ⁴¹⁾. Altri ⁴²⁾ ritengono invece che la vera ragione stia nello scopo d'impedire al prodigo di vendicarsi nel suo testamento degli eredi legittimi che lo hanno fatto mettere in cura. Ma per tutelare gl'interessi degli eredi legittimi le leggi non avrebbero avuto affatto bisogno di negare al prodigo la capacità di testare. Poichè o questi non sono legittimarii e allora potrebbero sempre esser preteriti ad arbitrio o sono legittimarii e allora hanno diritto a una parte la quale non può esser loro tolta pel fatto che fecero mettere il prodigo sotto cura.

Secondo una Novella dell'imperatore LEONE il Filosofo ⁴³⁾ anche il testamento del prodigo interdetto deve esser tenuto fermo nel caso

³⁸⁾ Vedi per es. HANACCIUS, *Disputatio qua ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum tuetur*, Vitembergae 1724, § 55. — MANNERT, *Disseratio continens aliquot observationes ad doctrinam de testamento prodigi speciantes*, Erlangae 1811, § V segg.

³⁹⁾ *Commentatio de iure testandi prodigis frustra vindicato*. Halae 1771, pagina 10 segg.

⁴⁰⁾ *Probabilium iuris civilis*, lib. II cap. 2 p. 16.

⁴¹⁾ *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 441 pag. 637, 2.^a ediz. Gottinga 1826.

⁴²⁾ GILDEMEISTER, *Programma observationes nonnullas varii argumenti, quae ad rem legitimam pertinent, continens*, Bremae 1778, obs. IV. — WEBER, *Erläuterungen der Pandecten* (Interpretazioni delle Pandette), parte II § 1404 pag. 215 segg.

⁴³⁾ Novella 39.

in cui sia fatto giudiziosamente e non contenga nessuna traccia delle sue tendenze di prodigo: per esempio il prodigo ha testato a favore della propria famiglia o dei poveri. È una questione vessata se questa Novella sia tuttora in vigore: alcuni scrittori dicono di sì ⁴⁴⁾. Ma le Novelle di LEONE, che furono sconosciute ai glossatori e vennero in luce solo nella metà del secolo XVI, per opera di Enrico SCRINGER, e aggiunte al *Corpus iuris* solo dopo che furono tradotte da Enrico AGILAO ⁴⁵⁾, e delle quali fu contestata da scrittori greci sino l'autorità in Oriente ⁴⁶⁾, non furono mai accolte in Germania nè avrebbero potuto esserlo; questo è un punto ormai decisamente sicuro dopo che lo ZEPERNICK tanto benemerito degli studi di storia del diritto ha con la sua pregiata dissertazione ⁴⁷⁾ distrutto ogni dubbio.

Altri ⁴⁸⁾ credono invece che la Novella dell'imperatore LEONE non contenga un diritto nuovo, ma non faccia che esprimere apertamente ciò che secondo i principii di una retta interpretazione è già nello spirito del diritto romano giustiniano; per ciò non si potrebbe dubitare dell'odierna applicabilità di quella Novella. Secondo quegli scrittori se si volesse togliere al prodigo la capacità giuridica di far

⁴⁴⁾ G. Federico OLEARIO, *Programma de valore Novellarum Leonis*, Lipsia 1708, § VIII. — BECK, *de novellis Leonis Augusti et Philosophi earumque usu et auctoritate*, § 27 pag. 132 (edizione ZEPERNICK), Halle 1779; aggiuntovi il *Programma* cit. di OLEARIO a pag. 400). — S. F. WILLENBERG, *de testamento prodigi*, § VII seg. in *Selecta iurisprudentiae civilis*, Gedani 1778, Pars II, Exerc. 24, pag. 491 segg.

⁴⁵⁾ ZEPERNICK, *Prætermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus in primis novellis Leoni sapientes*, sez. III § 17 segg. aggiunta al libro citato di BECK, pag. 324 segg. La più antica edizione che contenga queste Novelle nella traduzione latina di AGILAO è quella di Liono (Lugduni) 1562 in folio: non si può dire da chi essa sia curata perchè l'editore è rimasto anonimo. Una descrizione più particolareggiata di questa edizione si trova nell'Aggiunta allo scritto cit. dello ZEPERNICK.

⁴⁶⁾ Ved. G. Teodoro SEGER, *Dissertatio de Leonis philosophi constitutionum novellarum auctoritate*, Lipsia 1767, § 3 seg. negli *Opuscoli* editi dal KLUBER, vol. I pag. 289 segg. — ZEPERNICK, *ad Beckii libr. cit.*, pag. 72 seg.

⁴⁷⁾ « Coniecturae, quibus ex causis Novellae Leonis sapientis in Germania receptae dici nequeant. Adiectae Beckii libro de Novellis Leonis, adpers. animadversionibus et mantissa commentationum a se editis », pag. 403-552. Cfr. anche il § 65 di questo *Commentario*, lib. I.

⁴⁸⁾ Fed. HOPPE, *Lehre von iuridischen Verschwendern* (Teoria dei prodighi), § 12, 14. — MANNERT, *Diss. de testamento prodigi*, § 10, 11.

testamento esso verrebbe trattato più duramente dello stesso furioso, al quale è parificato nelle leggi. La parificazione del prodigo al furioso da cui partono le leggi esige, secondo essi, che il testamento dell'uno e quello dell'altro siano trattati allo stesso modo. Ora al furioso è proibito di far testamento, ma per la ragione che il furioso non ha volontà. Se manca questa ragione cade anche la disposizione che vi si fonda sopra. E per ciò il legislatore con molta conseguenza concede al furioso di far testamento nei lucidi intervalli, quando cioè dia segni non dubbii della sua volontà cosciente. Anche il prodigo è considerato dalle leggi come un malato mentale che si suppone non avere, finchè è in quello stato, volontà cosciente; e per questo motivo le leggi gli negano la testamentifazione. Ma anche il prodigo può avere lucidi intervalli; la limitazione del divieto che in tale ipotesi si ammette pel furioso deve adunque estendersi anche al prodigo. Le leggi non contengono questa limitazione espressa pel prodigo come pel furioso, ma la contengono indirettamente. E ciò si rileva, secondo questi scrittori, dalla circostanza che le leggi parlano della testamentifazione di quei due sempre unitamente. Nei §§ 1, 2, 3 I *quibus non est perm. fac. test.* 2, 12 per esempio, è disposto che il testamento d'un furioso valga quando la sua malattia (*furor*) sia cessata al tempo della fazione del testamento. È in applicazione dei medesimi principii, *item* (è la parola che collega il § 2 ed il paragrafo precedente) che il prodigo non può far testamento, cioè non può farlo sin che è prodigo, sin che è malato. I medesimi principii si applicano pure nel § 3 (*item*) al sordo e al muto, anche questi cioè sono impediti di testare, quando la malattia impedisca loro di formare una volontà. Il legislatore vuole certamente trattare questi tre casi secondo i medesimi principii, e per ciò esso li ha accuratamente riuniti, concludendo poi in fine del § 3: « Unde nostra constitutio etiam his subvenit ». Egli vuole colla sua costituzione riservare in taluni casi la testamentifazione anche ai sordi ed ai muti; e con le parole *etiam his* egli dimostra chiaramente di voler trattare questi tre casi secondo le medesime regole. Questa opinione vien poi confermata, secondo gli autori citati, dalla L. 1 Dig. *de curat. fur.*, 27, 10, dove ULPIANO dice che quando il furioso o il prodigo ritornino allo stato di mente sana la cura deve cessare *ipso iure*. Il che

non potrebbe intendersi se non nel senso che tosto che si abbiano segni non dubbii del ritorno di una volontà cosciente nell'individuo soggetto alla cura, in quel momento stesso la cura cessi *ipso iure*. Questa cessazione *ipso iure* è pertanto collegata strettamente, per ragion di conseguenza, col principio che il furioso può testare nei lucidi intervalli, e se dunque questa cessazione è estesa nella legge delle Pandette anche al prodigo, così deve dirsi che indirettamente la legge concede anche al prodigo la facoltà di testare nei lucidi intervalli. Finchè il prodigo si trova sotto cura, egli è costretto a vivere con parsimonia ed economia secondo le prescrizioni del suo curatore, e gli manca per ciò occasione di dar prove di essersi corretto del suo difetto. Questa prova può risultare solo da un atto che porti l'impronta evidente della sanità di mente; e tale è, anzi è questa la prova più concludente, il testamento che contenga un'ultima volontà di uomo sano di mente. E si deve intendere volontà di uomo sano di mente quella che è secondo i principii del diritto. Se dunque non è stato preterito alcuno di quelli che non devono essere preteriti, se non è stato diseredato alcuno di quelli che non devono essere diseredati e così via, il testamento è valido perchè è fatto secondo i principii del diritto e appare il testamento di un uomo sano di mente. Non occorre dunque, secondo gli autori citati, ricorrere alla Novella di Leone per risolvere la nostra questione nè importa affatto per questo il sapere se le novelle di Leone furono o no ricevute in Germania. L'opinione da loro sostenuta si fonda su motivi d'equità e fu da lungo tempo, dicono essi, accolta nella pratica, sebbene anche per l'autorità della Novella in discorso. Ne fanno fede il CAEPZOW ⁴⁹⁾, il SANDE ⁵⁰⁾, ed il FILIPPI ⁵¹⁾. Del resto è anche facile provare, sempre secondo i citati scrittori, che le Novelle di Leone furono ricevute in Germania insieme col *Corpus iuris* ⁵²⁾. Nell'ordinanza consiliare dell'impero di FERDINANDO III dell'anno 1654 è detto espressamente ⁵³⁾:

⁴⁹⁾ *Iurisprudentia forensis*, pars III const. 6 def. 11.

⁵⁰⁾ *Decisiones*, lib. IV tit. 1.º def. 5.

⁵¹⁾ *Usus practicus Institutionum Iust.*, lib. II tit. 12 eccl. 52.

⁵²⁾ Vedi MANNERT, *Diss. cit.*, § 11.

⁵³⁾ Titolo VII § 24.

« Così anche le nostre capitolazioni imperiali, tutti i decreti dell'impero (*Reichsabschiede*), il *Corpus iuris civilis* e canonici, devono esser sempre sulla tavola consiliare dell'impero affinchè nei casi dubbi ognuno se ne possa servire e sia evitato ogni errore ».

Tutto il *Corpus iuris civilis* con tutte le sue appendici è dunque stato dichiarato legge vigente, ciò che appare anche dal fatto che le edizioni del *Corpus iuris* di Dionigi GOTOFFEDO contenenti anche le novelle di LEONE andavan per le mani di tutti, non che poi dal riflesso che gli imperatori tedeschi chiamavano loro predecessori nell'impero gli antichi imperatori romani e quindi anche LEONE come GIUSTINIANO. Così gli autori citati alla nota 48.

Tuttavia, non ostante che tutte queste ragioni abbiano una parvenza di vero, le ragioni per l'opposta opinione restano prevalenti. Se si dovesse fare astrazione dal diritto scritto e seguire solo il sentimento di equità, io non esiterei ad accettare l'opinione affermativa. Ma io trovo che sia rammaricabile tanto spreco di fatica ingrata che s'è fatto per sostenere un'opinione la quale, fin che vige in Germania il diritto giustiniano, non è affatto sostenibile. Come può quell'opinione avere una base nello spirito del diritto giustiniano, il quale nega chiaro e tondo al prodigo la capacità di testare fin che è sotto cura? Come può dirsi esistere analogia fra il prodigo e il furioso, quando si pensi che al primo l'amministrazione del proprio patrimonio è interdetta espressamente dall'autorità, il secondo invece è posto nello stato d'interdizione pel solo fatto che gli manca l'uso della ragione? È per ciò che il furioso può testare quando in un lucido intervallo quell'ostacolo viene a cessare non ostando a lui nessun divieto.

Ma l'efficacia dell'interdizione, consistente pel prodigo nell'incapacità di disporre e di far testamento, cessa anch'essa *ipso iure* tosto che il prodigo abbia fatto un testamento da uomo sano di mente? Così si vuole intendere la L. 1 Dig. *de curat. fur.* 27, 10 di ULPIANO. Si avrebbe potuto citare anche un testo di PAOLO⁵⁴⁾ che dice:

« *Prodigus, recepta vitae sanitate, ad bonos mores reversus et testamentum facere et ad testamenti solemnia adhiberi potest* ».

⁵⁴⁾ *Sententiae receptae*, III, 4 a § 2 (in SCHULTING, *Iurisprudentia vetus antioiustiniana*, pag. 343).

Ma con qual fondamento? Questo fu già mostrato ampiamente in un altro luogo ⁵⁵). La capacità di disporre nel prodigo non ritorna se non quando dopo una preliminare inchiesta l'interdizione sia stata tolta. In modo non diverso intende il testo di PAOLO lo SCHULTING ⁵⁶) quando dice: « Quando id constat decreto magistratus, ut ita unumquodque eo solvatur modo, quo colligatum est: alioquin res haec valde esset incerta, quae tamen debet esse certissima ». Dove ha mai nessuna legge parlato di lucidi intervalli nei prodighi? Questi sono vuoti sogni prodotti da una falsa interpretazione delle leggi. Fiu che dunque non è tolta la causa della incapacità di testare, finchè cioè non è tolta l'interdizione, e al prodigo vien restituito così il *commercium* che per l'interdizione avea perso, il testamento fatto da lui finchè era sotto cura è e rimane invalido, anche se sia fatto come il testamento d'un uomo sano di mente ⁵⁷). Imperocchè coll'interdizione non vien tolto al prodigo l'uso del proprio intelletto, ma solo l'amministrazione del proprio patrimonio. Invano si è creduto di trovare una prova per l'opposta opinione nell'insieme dei § 1, 2, 3 I. *quibus non est perm. fac. test.* Evidentemente la parola *item* non significa che il testamento del furioso e quello del prodigo debbano regolarsi secondo i medesimi principii; *item* è una *particula continuativa praecedentium*, come dice Giovanni STRAUCH ⁵⁸), e ha lo stesso significato che *porro*, *praeterea*, particelle congiuntive usate da GIUSTINIANO stesso anche nel § 1 di questo titolo. GIUSTINIANO usa la parola *item* nelle sue *Istituzioni* quando tratta di parecchi oggetti appartenenti tutti allo stesso *genus*, e così qui dove parla delle persone alle quali non è permesso far testamento e le enumera una dopo l'altra collegandole colla particella *item*. Qui GIUSTINIANO avrebbe avuto appunto l'occasione propizia per dire che il testamento di un prodigo deve valere se fatto da persona in stato di mente sana e secondo

⁵⁵) Vedi § 1398, Lib. XXVII tit. 10.

⁵⁶) *Ad loc. cit. Pauli*, nota 38. Vedi pure WESTPHAL, *Theorie* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 39.

⁵⁷) Vedi BACHOVIO, *ad Treullerum*, vol. II p. I disp. 10 t. 3 litt. d v. « quin et si probe », pag. 532. — OVERBECK, *Meditationen über verschiedenen Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie di diritto), vol. VIII med. 414.

⁵⁸) *Lexicon particularium iurium*, v. *item*.

le regole del diritto, qualora questa fosse stata la sua opinione. In oltre, se il testamento di un prodigo avesse a valere qualora fatto da uomo di mente sana, perchè non dovrebbe anche il prodigo esser capace di far da testimonia in un testamento come il furioso durante un lucido intervallo? ⁵⁹⁾ Anche il far da testimone non è parimente un atto da uomo di mente sana? Ora, questa capacità è negata al prodigo ⁶⁰⁾.

Ma, per tornare al significato della parola *item*, TEOFILO nella sua parafrasi greca non l'ha neppur mantenuta.

Οὐδὲ τὸν ἥσυχον, ὃ τῶν οἰκίῳν πραγμάτων ἢ διοικήσεως ἀνηγόρευται, ὁ νόμος συγγράφει διατίθεσθαι (« nec prodigum cui bonorum suorum administratio interdicta est, lex testari permittit »).

Infine l'autorità che si adduce dei giureconsulti pratici sopra citati non può essere decisiva, perchè può essere bilanciata da autorità altrettanto gravi per l'opposta opinione. Basta per tutte l'autorità del RICHTER ⁶¹⁾, del BRUNNEMANN ⁶²⁾, del LYNCKER ⁶³⁾, dello STREYK ⁶⁴⁾, del BOEMEHE ⁶⁵⁾, dell'ESBACH ⁶⁶⁾ e del KREITMAYR ⁶⁷⁾. E che il diritto tedesco attuale concordi col diritto romano, tranne il caso di leggi particolari deroganti ⁶⁸⁾, è cosa dimo-

⁵⁹⁾ L. 20 § 4 Dig. h. t., 28, 1.

⁶⁰⁾ L. 13 pr. Dig. h. t., 28, 1.

⁶¹⁾ *Decisiones*, pars I dec. 43.

⁶²⁾ *Decisiones*, cent. V dec. 23 pag. 330.

⁶³⁾ *Responsa*, pars. I resp. 631 pag. 933. — EIUDEM, *Decisiones*, cent. V, dec. 23.

⁶⁴⁾ *Usus modernus Pandectarum* h. t., § 12, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. III § 27.

⁶⁵⁾ *Consultationes et decisiones*, tomo II parte I resp. 631 qu. 1 pag. 934 e segg.

⁶⁶⁾ *Notae et additiones ad Carpzovii Iurisprudentiam forensem*, const. VII def. 11 pag. 399.

⁶⁷⁾ *Anmerkungen* (Annotazioni al Codice civile Massimiliano Bavarese), parte III cap. 3 § 3 n.º 9 pag. 272 seg. Monaco 1796.

⁶⁸⁾ Così, per esempio, secondo il diritto territoriale comune prussiano (*Allgemeines Preussisches Landrecht*), parte I tit. 12 § 27, e secondo il diritto territoriale austriaco (*Oesterreichisches Landrecht*), parte II § 568, il prodigo può, durante il tempo in cui è sottoposto a cura, disporre validamente per testamento solo di metà del suo patrimonio in pregiudizio degli eredi legittimi.

strata in modo persuasivo dal WALOH ⁶⁹⁾, dell'EISENHART ⁷⁰⁾ e dal QUISTORP ⁷¹⁾.

A questo punto non vale la pena di spender parole sull'argomento tratto dalla recezione delle Novelle di LEONE in Germania che sarebbe avvenuta mediante l'ordinanza consiliare dell'impero di FERDINANDO III. Evidentemente con quell'ordinanza è indicato il *Corpus iuris civilis*, nei limiti in cui n'era avvenuta la recezione già molto tempo prima di FERDINANDO III, anzi prima ancora di MASSIMILIANO I, e cioè la legislazione giustinianea la quale nel tit. I § 15 della medesima ordinanza è designata col nome di *diritto imperiale*, e al tit. VII § 21 con quello di *diritto comune scritto*, nel qual riguardo anche l'imperatore MASSIMILIANO I nelle leggi da lui stesso date per l'impero tedesco chiama COSTANTINO e GIUSTINIANO suoi predecessori nell'impero ⁷²⁾. Sebbene dunque ai tempi di FERDINANDO III le Novelle di LEONE fossero già inserite nelle edizioni del *Corpus iuris* del GOTOFREDO, esse non erano certamente considerate nell'ordinanza. Altrimenti, se l'imperatore FERDINANDO avesse voluto designare il *Corpus iuris* con ogni suo accessorio, dovrebbero credersi ricevute in Germania anche le altre costituzioni degli imperatori Bizantini e gli stessi *capitula feudorum extraordinaria*, perohè anche questi erano già aggiunti all'edizione del GOTOFREDO delle Novelle di GIUSTINIANO. Ma è una verità già riconosciuta da lungo tempo che queste non hanno affatto vigore di legge in Germania ⁷³⁾.

⁶⁹⁾ *Commentatio de testamento prodigi iure germanico invalido*, Jenae 1754.

⁷⁰⁾ *Disputatio de iure testandi prodigo non competente*, Helmstadt 1749.

⁷¹⁾ *Rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche), parte II oss. 5 pag. 21. pubblicate dopo la sua morte dal WIKSE, Lipsia 1798.

⁷²⁾ Vedi PÜTTER, *Abhandlung: Wie das Iustinianisch-Roemische Gesetzbuch in Deutschland zur gesetzlichen Kraft geliehe sei?* (Come la legislazione romana giustinianea abbia acquistata forza di legge in Germania. Dissertazione) nei suoi *Beitraege* (Contributi al diritto tedesco), parte II, n. 23 pag. 30 segg.

⁷³⁾ Per ciò che riguarda le costituzioni degli imperatori Bizantini aggiunte alle Novelle di GIUSTINIANO, vedi la mia *Einleitung* ecc. (Introduzione allo studio del diritto privato romano), § 64 pag. 269 segg. e questo *Commentario*, lib. I § 56 pag. 29) (Ediz. ted., vol. I pag. 351). Per *capitula feudorum extraordinaria* o *extravagantia*, cfr. però WEBER, *Handbuch* (Manuale del diritto feudale vigente in Germania), I, § 280 segg. e DIECK, *Litterärsgeschichte des Longobardischen Lehenrechts* (Storia letteraria del diritto feudale longobardo), Halle 1828, diss. 8. pag. 310 segg.

Se esse ne avessero avuto non dovrebbero mancare nelle edizioni glossate. Il BAUDOZA le accolse nella sua edizione ⁷⁴⁾, ma solo, come egli dice, « ne quid huic novae Corporis iuris civilis editioni deesset, quod priores editiones desiderare posset » ⁷⁵⁾. Come del resto potrebbe l'edizione di Dionigi GOTOFREDO essere stata elevata all'onore di essere considerata da FERDINANDO III nella sua ordinanza, mentre non esiste alcuna edizione del *Corpus iuris* che sia stata preparata in Germania sotto gli auspici del potere legislativo o per lo meno riconosciuta da questo? Oppure si vuol dire che il *Corpus iuris civilis* sia stato introdotto in Germania solo coll'ordinanza di FERDINANDO III? Ma l'ordinanza camerale di MASSIMILIANO I dell'anno 1495 non stabiliva già che la formula di giuramento del giudice e dell'assessore dovesse avvenire secondo il diritto dell'Impero e il *diritto comune* (*nach des Reichs und gemeinen Rechten*)? ⁷⁶⁾. Nè si è mai dubitato finora che MASSIMILIANO intendesse per diritto comune il diritto romano giustiniano. Io non sosterei neppure che solo sotto MASSIMILIANO sia avvenuta la recezione formale del diritto romano; imperocchè se questa fosse stata l'opinione dell'Imperatore, si sarebbe egli forse limitato a introdurre soltanto nella formula del giuramento prescritta agli assessori della Camera di giustizia la regola che essi dovessero giudicare secondo il diritto dell'Impero e il *diritto comune*? Qui evidentemente è già presupposto l'uso comune del diritto romano ⁷⁷⁾. E allora non c'era alcuna edizione del *Corpus iuris* che contenesse le Novelle di LEONE. Le sole edizioni conosciute allora erano quelle glossate, le quali non contenevano altro che la raccolta

⁷⁴⁾ Lione (Lugduni) 1593.

⁷⁵⁾ Pars IV, col. 664 in fine.

⁷⁶⁾ La lezione giusta è questa e non già quella comune *nach des Reichs gemeinen Rechts* (secondo il diritto comune dell'impero), la quale parla solo di uno fra i diritti da applicare. Vedi EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Storia dello stato e del diritto tedeschi), parte III § 442 nota a pagina 336 della 5. ediz.

⁷⁷⁾ Già l'imperatore Lodovico il Bavaro ordinava nel 1342 « che davanti ai nostri Tribunali (*an unseren Hofgerichte*) si debba sempre inoltre procedere (*richten*) secondo le leggi e il diritto scritto dei nostri predecessori re ed imperatori ». Vedi: *Sammlung der Reichs-Abschlüsse* (Raccolta dei decreti dell'impero), e PUETTER, *Diss. cit.*, § 19-22 pag. 42 segg.

giustiniana, questa sola essendo conosciuta dai glossatori; nè i nostri antenati han ricevuto il diritto romano altrimenti che nella forma in cui fu loro trasmesso dalle mani dei glossatori ⁷⁸⁾ f).

§ 1404 d.

Impuberi — Pubertà come requisito per fare testamento.

6.° Appartengono alle persone incapaci di far testamento gli impuberi (*impuberes*), cioè quelle persone di sesso mascolino che non abbiano compiuto ancora i 14 o quelle di sesso femminile che non abbiano compiuto i 12 anni. Questi impuberi sono considerati come persone incomplete incapaci ancora di esprimere una volontà pienamente valida. Negli atti fra vivi questo difetto può esser supplito coll'*auctoritas* del tutore, ma nei testamenti ciò non è possibile ⁷⁹⁾, perchè il testamento, come espressione della volontà individuale del testatore, suppone che egli stesso voglia e possa volere ⁸⁰⁾. Egli dunque

⁷⁸⁾ Vedi questo *Commentario*, libro I § 56 pag. 296 (Ediz. ted., vol. I pagina 359).

⁷⁹⁾ GAIO, II, 113. Vedi sopra § 1043 nota 31. L. 1 § 1 Dig. *de tut. et rat. distr.*, 27, 3.

⁸⁰⁾ Vedi VINNIO, *Comm. ad § 1 I. quibus non est perm. facere test.*, n. 1. — STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. III § 7. — PETERMANN, *Dissertatio de testamentis impuberum*, Lipsia 1653, § 5 in fine.

f) Il nostro codice civile, come già il francese, ammette la piena capacità di testare anche nei prodighi inabilitati. Ciò si rileva dalle disposizioni degli art. 762, 763, ove fra gl'incapaci non è posto il prodigo, e dell'art. 339 ove fra le conseguenze dell'inabilitazione non è posta l'incapacità di far testamento. E a chi ben consideri questa disposizione sembrerà assai più giusta di quella del diritto romano, il cui vero fondamento fu forse, come si nota nel testo, di natura tutta storica, l'impossibilità già accennata da ULPIANO XX, 13, che il prodigo dopo l'interdizione dal *commercium* compiesse validamente la *mancipatio familiae* necessaria nell'antico testamento *per aes et libram*. Infatti la ragione per cui il prodigo viene inabilitato a compiere atti che eccedano la semplice amministrazione si è quella d'impedirgli di ridursi con troppo facili elargizioni alla miseria, ciò che evidentemente non è da temere quando gli si lasci soltanto la libertà di disporre com'egli crede per atto di ultima volontà. Egli è seguendo lo stesso ordine d'idee che il codice nostro concede la facoltà di testare alle donne maritate, delle quali pure è per l'art. 134 cod. civ. limitata la capacità di alienare fra vivi, e ai minori, quando abbiano superato gli anni 18, mentre essi sono incapaci anche di amministrare il loro patrimonio.

deve avere una volontà pienamente valida; e poichè ciò è negato per gli impuberi, questi non possono testare neppure coll'*auctoritas* del tutore⁸¹). Il tutore infatti non può colla sua *auctoritas* derogare al *ius publicum*, nè quindi può supplire quella capacità che le leggi negano all'impubere. A ciò si riferiscono i testi seguenti:

§ 1 I. *quibus non est perm. test. fac.* 2, 1: « Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est ».

L. 1 § 1 D. *de tut. et rat. distr.* 27, 1: « ULPIANUS, libro XXXVI *ad Edictum*. Sicuti testamenti factio pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt ».

L. 4 Cod. *qui test. fac. possunt* 6, 22: « Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A. A. et C. C. RADONI. Si frater patruelis tuus ante decimum quartum aetatis suae annum decessit, cum facere non potuit testamentum, nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur. Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solemniter ordinavit iudicium, hoc evellere frustra conaris. VI id. Novembr. Pantichi C. C. Coss. ».

L'antico diritto faceva alcune eccezioni, per esempio per le Vestali, le quali uscivano dalla patria potestà appena che erano *captae* dal pontefice massimo e introdotte nel tempio di Vesta come sacerdo-

⁸¹) TEOFILO, *Parafrasi greca*, ad h. t. § 1, così esprime questo motivo: ἐπειδὴ τὸ γινώσκειν τῷ μὲν οὐ προσηύχον (quia iudicium illi necdum contingit. vers. REITZ. In ciò concorda ULPIANO, XX, 12: « Impubes licet sui iuris sit, testamentum facere non potest; quoniam nondum plenum iudicium animi habet ». Le leggi dunque non riconoscono ancora all'impubere il discernimento e il giudizio necessari per fare un testamento. Posto però che un impubere, avendo questo discernimento completo come un pubere, avesse testato, non si potrebbe mai fare eccezione alla regola per questo solo individuo. Infatti, come dice il WEBER nel suo scritto classico sull'*Obbligazione naturale* (*Natürliche Verbindlichkeit*), § 64 pag. 220 segg., non si può eccezionalmente disapplicare a un singolo caso una legge proibitiva, pel motivo che un singolo individuo non abbia quella qualità che suole trovarsi nelle persone della sua specie, e che costituisce appunto il motivo della disposizione di legge in discorso perocchè la legislazione deve aver di mira soltanto la generalità dei casi e il comune andamento delle cose, non i casi singoli o rari. L. 4, L. 5, L. 8 Dig. *de legibus*, 1, 3. — Vedi pure HUBERO, *Praelectiones ad Pandectas*, libro I tit. 3 § 8. — PETERMANN, *Diss. cit.*, § 5 in fine.

tesse⁸²⁾, senza andar soggette ad alcuna tutela⁸³⁾, onde acquistavano il diritto di far testamento anche se fossero tuttora impuberi⁸⁴⁾. Un'altra eccezione avea luogo a favore dei *tribuni militum*⁸⁵⁾; e l'antichità romana ci ha lasciato parecchi esempi della concessione di questo tribunato anche a giovani che non avessero ancora raggiunto la maggior età⁸⁶⁾. Però nessuno ci dice che essi potessero testare, tranne GIUSTINIANO, il quale abolì questo diritto. Ecco come egli si esprime nella L. ult. Cod. *de test. mil.* 6, 21:

« Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, ultimum elogium conficere posse⁸⁷⁾, attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum qui stabilem mentem nondum adeptus est, propter privilegia militum sapientium hominum iura pertractare et in tam tenera aetate ex tali licentia parentibus forte suis, vel aliis propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendò. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. — Dat. Kal. Novembr. post consulatum Lampadii et Orestis V. V. C. C. anno II (532) ».

⁸²⁾ GELLIO, I, 12. — ULPIANO, X, 5.

⁸³⁾ PLUTARCO, *Vita Numae*, cap. 10. — GAIIO, I, 145. — Vedi DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte ecc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani), pag. 74 nota 82.

⁸⁴⁾ GELLIO, *Noctes Atticae*, lib. I c. 12. — SOZOMENO, *Historia Ecclesiae*, I, c. 9. — Vedi PETERMANN, *Diss. cit.*, § 17. — SCHLICHTING, *Diss. de Vestalibus et iure vestali populi Romani*, praeside J. F. EISENHART def. Helmstadti 1654, § 22.

⁸⁵⁾ Ved. CUIACIO, *Observationes*, lib. XVII c. 36. — Everardo OTTONE, *Comm. ad § 1 I. quibus non est perm. facere test.*, e specialmente PETERMANN, *Diss. cit.*, § 16.

⁸⁶⁾ SVETONIO, *Augustus*, cap. 38. — VEGEZIO, *de militia Romanorum*, I, c. 4. — VOPISCO, *Probus*, c. 4. — Vedi VOET, *de iure militari liber singularis*, cap. 2 § 20.

⁸⁷⁾ L'ALOANDER, *ad Gai Inst. Epitome II*, tit. 2 nota 18, ritiene sulla base del passo di SVETONIO, *Augustus*, c. 38 e della L. 4 Cod. *de test. mil.*, 6, 21, che questa sia una costituzione dell'imperatore AUGUSTO. Con lui concorda LEONINO, *Emendationes*, lib. IV cap. 5. Antonio SCHULTING ha però giustamente osservato in contrario (*Iurispr. antiust. ad Gai loc. cit.*), che SVETONIO non dice affatto nel testo citato che AUGUSTO abbia ammesso gl'impuberi al *tribunatus legionum*, bensì esso parla dell'epoca in cui abbian preso la toga virile; il che era già stato notato da Isidoro CASANBONO nel Commento a

Il SOZOMENO⁸⁸⁾ cita un'altra eccezione. Egli racconta che l'imperatore COSTANTINO IL GRANDE abbia emanato una legge per la quale coloro che si volevano dedicare al chiostro avrebbero avuto il diritto di far testamento anche se impuberi, maschi o femmine che fossero.

Tutte queste eccezioni non sono più in vigore e oggi vale senza limiti il principio che un impubere, anche se *pubertati proximus*⁸⁹⁾, è incapace di far testamento, sia pure a favore di una *pia causa*⁹⁰⁾.

Svetonio, *loc. cit.* La l. 4 Cod. *de test. mil.*, 6, 21, poi, sempre secondo lo SCHULTING, parla dell'età richiesta dalla legge *Aelia Sentia* pei manomissori, cioè i 20 anni.

⁸⁸⁾ *Historia Ecclesiae*, lib. I c. 9; PETERMANN, *Dissert. cit.*, § 18.

⁸⁹⁾ STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. III § 8.

⁹⁰⁾ Vedi PETERMANN, *Diss. cit.*, § 7. Di opinione diversa è il BRUNNEMANN, *Comm. in Codicem* ad l. 4 *qui test. facere possunt*. Per l'opinione di questo potrebbe forse addursi anche la L. 1 Cod. *de sacrosanctis Ecclesiis* dell'imperatore COSTANTINO:

« Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere et non sint cassa iudicia eius ».

Ma la parola *unusquisque* deve intendersi chiunque abbia la capacità di fare testamento. L'imperatore in fatto non voleva qui certamente accrescere il numero dei testatori mediante un'eccezione alle regole del diritto civile, sola sua intenzione era di allargare la testamentifazione passiva a favore delle chiese e delle opere pie. Prima di COSTANTINO il Grande le chiese erano incapaci di acquistare per disposizione di ultima volontà, alla pari degli altri *collegia*, che erano considerati persone incerte, a meno che non avessero ottenuto un privilegio. Vedi la dimostrazione di questa verità in ROM, *Historia iuris civilis de personis incertis ex testamento heredibus*, Lipsiae 1784, § 8 (Il vero autore di questa monografia è però Carlo Teodoro DATHE). Ivi si trova un commento esattissimo della L. 1 Cod. cit. del quale mi limito a riferire la seguente giustissima osservazione:

« Sed Constantinus M. pro singulari suo ecclesiam christianam tum efflorescentem fovendi studio statuit, ut unusquisque sine discrimine sexus, status, ordinis et dignitatis licentiam haberet Ecclesiae aliquid relinquendi, modo ceteroquin in universum legibus testamentum condere non prohibitus esset. Neque enim imperator per hanc legem communi iuri, quoad personam testantis, derogari voluisse videtur ».

Quando poi il BRUNNEMANN crede che il giuramento potrebbe supplire la mancanza di capacità egli erra ugualmente, perchè non si può col giuramento derogare al *ius publicum*. Inoltre l'impubere non può giurare egli stesso, nè gravare l'erede di un fedecommesso mediante promessa giurata che questi faccia. L. 2 Dig. *de legatis*, I, 30. Vedi STRYK, *Tractatus de cautelis testamentariis*, cap. III § 9.

Solo una eccezione è possibile, quando il *pubertati proximus* ottenga dietro domanda una dispensa del principe; questa però non si suol concedere se non dietro preliminare inchiesta per sapere se abbia il discernimento necessario ⁹¹⁾).

Se alcuno abbia fatto testamento durante l'impubertà, quel testamento è nullo e rimane tale anche se il testatore muoia dopo raggiunta la pubertà ⁹²⁾ e abbia prima di morire ratificato ⁹³⁾: imperocchè non basta che il testatore abbia la capacità al momento della morte, occorre che l'abbia anche al momento della fazione del testamento. ULPIANO ⁹⁴⁾ infatti dice:

« Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit ».

Anche MODESTINO, libro V *Pandectarum* ⁹⁵⁾, insegna parimente che il testamento fatto da chi non aveva capacità è e resta sempre nullo.

« Si filius familias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest,

⁹¹⁾ Vedi DE RETES, *Opuscula*, lib. I, cap. 22 n. 30 nel *Thesaurus* del MEERMANN, Tomo VI, pag. 77. — PETERMANN, *Diss. cit.*, de *testamento impuberis*, § 20. — WALCH, *Introductio in Controversias iuris civilis*, Sectio II, cap. 4 Membr. I § 2. Di opinione diversa sono: STRYK, *Tractatus de cautelis testam.*, cap. III, § 10. — CLAPROTH, *Abhandlung* (Dissertazione sui testamenti) § 5 pag. 8. — HUFELAND, *Lehrbuch des gem.* (Trattato di diritto civile comune) II § 1083, nota b.

⁹²⁾ GIUSTINIANO dice nel § 2 I. *quibus non est perm. test. facere*, 2, 12: « Nec ad rem pertinet si impubes postea pubes factus fuerit et decesserit »; imperocchè una volontà invalida da principio non può divenir valida in appresso. neppure se la cagione della invalidità venga tolta. L. 29 D. *de reg. iuris* 50, 17; L. 201 eod.

⁹³⁾ Il sopravvenire della ratifica è sufficiente a convalidare un negozio giuridico, solo quando alla sua volontà non mancava che questa; e in tal caso essa ha effetto retroattivo. Ma se al negozio si oppone una legge proibitiva, come nel caso attuale, esso non diviene valido pel tempo anteriore per effetto della sola ratifica. Vedi PETERMANN, *Diss. cit.*, § 6. — HUFELAND, *Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile) I, n. 4, pag. 222 segg.

⁹⁴⁾ L. 1 § 8 Dig. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11.

⁹⁵⁾ L. 19 Dig. *h. t.* 28, 1.

licet filius familias sui iuris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuit ».

Pertanto chi vuol testare validamente deve avere la pubertà necessaria per testare. Se ha raggiunto questa può testare anche qualora sia ancora minore e sia sotto cura senza bisogno di ratifica del curatore ⁹⁶). La pubertà necessaria per testare comincia nei maschi ai 14 anni compiuti, nelle femmine ai 12 compiuti. Onde PAOLO ⁹⁷) dice :

« Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum ».

Specialmente importante è il testo di ULPIANO tratto dal suo libro VI *ad Sabinum*, che costituisce la L. 5 Dig. h. t. 28, 1.

« A qua aetate ⁹⁸) testamentum vel masculi vel feminae facere possint, videamus? Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completam. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficiat complere? Propone aliquem calendis Januarii natum, testamento ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit post sextam horam noctis valere testamentum: iam enim complere videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur ».

Da questo testo si rileva, in primo luogo che il termine della pubertà si determinava ai tempi di ULPIANO dagli anni. È nota la disputa degli antichi giureconsulti romani sulla determinazione della pubertà, della qual disputa ho già parlato altrove in altra occasione ⁹⁹).

⁹⁶) L. 20 § 1 Dig. *De liberatione legata*, 34, 3. L. 4 Cod. *qui facere test. possunt*, 6, 22. — STRYK, *Tractatus de cautelis testamentorum* c. 3 § 15.

⁹⁷) *Receptae Sententiae*, III, 4 a § 1.

⁹⁸) Parecchie edizioni, per esempio quelle di ALOANDRO, MERLIN, BAUDOZA e UGO da PORTA, leggono *qua aetate*; così anche il BECK. Ma il FORNERIO, *Selectiones*, lib. III cap. 30 pr. (nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 121) ha osservato in contrario « *mutilum esse principium* ». ACCURSIO nota che in alcuni M. S. si legge anche *ex qua aetate*.

⁹⁹) Vedi il § 130 di questo *Commentario* (vol. II, pag. 216 segg. dell'ediz.

Si disputava però soltanto per i maschi; perchè per le femmine è certo che esse, almeno fin dai tempi dell'imperatore AUGUSTO, furono ritenute puberi ed atte al matrimonio al compiere del dodicesimo anno ¹⁰⁰). Ma la pratica già molto tempo prima di GIUSTINIANO ammise anche pei maschi, riguardo alla capacità di testare, un'età determinata, e seguendo l'opinione dei Proculiani, i quali osservavano che la conformazione corporale e la maturità pel matrimonio non poteano bastare, dove era questione della maturità intellettuale dei pupilli, richiese appunto l'età di 14 anni per la capacità di testare. Questa opinione fu dominante al tempo di ULPIANO, come appare dal testo citato delle *receptae sententiae* di PAOLO, nonchè dal seguente passo delle Istituzioni ove parimente la pubertà come requisito pel testamento si determina secondo gli anni.

GAIO, II, 113: « Videntur ergo melioris condiciois esse feminae quam masculi: nam masculus minor annorum XIII testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit: femina vero post XII annum testamenti faciendi ius nanciscitur ».

E così anche un rescritto di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO ¹) presuppone come noto che pei maschi basti l'età di 14 anni per la capacità di testare, *licet vigoris nondum emerissent vestigia*.

Nè discorde da queste testimonianze giuridiche è quella di un classico non giurista, MACROBIO ²), il quale dice:

tedesca). Di preferenza però sono da consultarsi: DIRKSEN, *Beitruege zur Kunde des Roemischen Rechts* (Contributi alla conoscenza del diritto romano). Lipsia 1825, Diss. I, cap. 1 § 1, pag. 51-55, cap. 2.^a § 4 pag. 155-57. — ZIMMERN, *Geschichte* (Storia del diritto privato romano), vol. I, parte II § 120, pag. 426 segg.

¹⁰⁰) ZIMMERN, loc. cit., pag. 427. Il racconto di PLUTARCO (*Numa*, pag. 310, dell'edizione REISKE) che attribuisce al re Numa la legge che fissa ai 12 anni il principio della pubertà delle donne non è immune da dubbio, poichè qui non si ha che l'autorità di uno scrittore greco il quale narra ciò in via incidentale facendo un confronto fra Numa e Licurgo. — Vedi DIRKSEN, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Roem. Rechts* (Saggi di critica e interpretazione delle fonti di diritto romano) 6.^a Dissert., cap. 5, pag. 308.

¹) L. 4 Cod. *qui facere test. possunt*, 6, 22.

²) *Saturnalia*, lib. VII, cap. 7. — Opere edita da C. ZEUN, Lipsia 1772, pag. 652.

« Nam et secundum iura publica duodecim annus in femina, et quartus decimus in puero definit pubertatis aetatem ».

E altrove ³⁾: « Post annos autem bis septem moveri incipit vis generationis in masculis, ideo et tutela puerili quasi virile iam robur absolvitur; de quo tamen feminae, propter votorum festinationem, maturius biennio legibus liberantur ».

A questa antica disputa di scuola si riferiscono indubbiamente le parole del nostro fr.: « *verius est* in masculis quartum, decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum ». Come appare dalle testimonianze citate, però già assai prima di GIUSTINIANO esisteva una pratica uniforme. Il dubbio restava forse ancora per gli altri casi nei quali interessava determinare la pubertà, per esempio, per la liberazione dalla tutela ⁴⁾, per la quale GIUSTINIANO si vide costretto a determinare con una costituzione ⁵⁾ un'età fissa per la pubertà senza distinzione di sessi, la qual determinazione poi doveva servire per stabilire la pubertà anche a qualunque altro effetto.

Ai tempi di ULPIANO però le donne, eccettuate le Vestali che eran libere dalla patria potestà e dalla tutela ⁶⁾, o quelle che ne eran libere per altri motivi, per esempio per avere ottenuto il *ius trium vel quatuor liberorum* ⁷⁾, poteano testare solo coll'*auctoritas tutoris*.

³⁾ *Comm. in Somnium Scipionis*, I, c. 6, pag. 43 segg.

⁴⁾ DIRKSEN, *Contributi* citati pag. 55.

⁵⁾ L. 3 Cod. *quando tutor vel curator esse desinant*, 5, 60.

⁶⁾ Vedi la nota 84. Aggiungasi solo un passo di CICERONE, *de republica* III, c. 10, ove è detto: « Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini Vestali sit heres non sit matri suae? ». È chiaro che qui si parla di testamento, imperocchè il patrimonio di una vestale morta intestata, secondo la testimonianza di GELLIO, *Noctes Atticae*, I c. 12 in fine, desunta dai Commentarii di LABEONE, apparteneva allo Stato. — Vedi ZIMMERN, *Storia del diritto privato romano*, vol. I, § 245 nota 29, pag. 924.

⁷⁾ GAIO, I, 145. « Tantum enim ex lege Julia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae ».

ULPIANO, XXIX, 3. « Postea (lex Papia Poppaea) libertas quatuor liberorum iure tutela patronorum liberavit; et cum intulerit iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit etc. ».

Al *ius trium liberorum* delle donne ingenuae si riferiva anche senza dubbio il passo di PAOLO, L. 137 Dig. *de verb. sign.* 50, 16:

Ce lo dice ULPIANO, XX, 15: « *Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint* ». Che lo dicesse anche nel nostro testo, e che per ciò sia da ritenersi esso interpolato, non è cosa che si possa affermare fondatamente; perocchè in esso ULPIANO non si occupava della forma, ma solo dovea determinare l'età necessaria per testare. Senza l'*auctoritas tutoris* il testamento della donna era nullo ⁸⁾.

Le parole di CICERONE ⁹⁾: « *si ea mulier testamentum fecerit, quae se capite nunquam deminuit*, non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari », cioè che il testamento della donna non valga se essa non è *capite diminuta* e per ciò non si dia per esso *bonorum possessio*, ci sono ora spiegate da GAIO ¹⁰⁾ dal quale si apprende che le donne, ad eccezione di quelle poche sopra enumerate, aveano il diritto di fare testamento solo se esse erano state oggetto di una *coemptio* e poi erano state remancipate e in seguito manomesse: onde si faceva una *fiduciaria coemptio* delle donne allo scopo di metterle in grado di poter fare testamento. ADRIANO però abolì con un senatusconsulto la necessità di questo spediente della *coemptio*. Per la testamentifazione della donna dunque importava

(Continuazione della nota precedente).

« *Ter enixa videtur etiam quae trigeminos peperit* ».

Questo passo infatti è tratto dal libro secondo di PAOLO *ad legem Juliam et Papiam*. — Vedi su ciò HEINECCII, *Umm. ad legem Juliam et Papiam Pop-paeam*, lib. II, cap. 11, pag. 234 segg.

⁸⁾ GAIO, II, 118. « *Observandum praeterea est ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, auctoribus iis quos tutores habet facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur* ».

Vedi BOEHMER, *Dissertatio de testamentis mulierum*, Halae 1741. — BREUNING, *Dissertatio de testamenti factione feminarum*, Lipsiae 1755. — WENDLER, *Historia iuris civilis de testamenti factione mulierum*, Lipsiae 1792.

⁹⁾ *Topica* c. 4. Confr. su questo testo HOFFMANN, *Versuch einer Stelle des Cicero, Topicorum c. 4, zu erklären* (Tentativo d'interpretazione del passo di Cicero, *Topicorum* c. 4) nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista per la giurisprudenza storica) vol. III, n. 9, pag. 309-327. — SAVIGNY, *Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel* (Contributo alla storia della tutela muliebre). Scritto occasionato dall'articolo precedente, nella medesima *Zeitschrift* (Rivista ecc.) n. 10, pag. 328-348.

¹⁰⁾ I, 115 a. Vedi ZIMMERN, *Geschichte* (Storia del diritto privato romano) vol. I, parte II, § 245, pag. 923 segg. — HUSCHKE, *Commentatio de causa Siliana*, pag. 18 e 24.

solo distinguere se essa apparteneva ancora, dal punto di vista patrimoniale, ad una famiglia o no. Nel primo caso essa era incapace di testare, era invece capace nel secondo poichè aveva un diritto familiare proprio o, per dir meglio, la sua potestà sulla *familia* era piena ¹¹). La necessità dell'*auctoritas tutoris* è sparita però collo sparire della tutela muliebre.

Dal testo citato di ULPIANO (L. 5 Dig. h. t.) si rileva in secondo luogo che non occorre per la capacità di far testamento aver oltrepassato l'età prescritta, quindi esser già entrato nel 15.^o anno se maschio o nel 13.^o se femmina; basta avere compiuto quell'età. *Sufficit complere*, dice ULPIANO. Ora, secondo il computo civile che non si fa per singoli momenti, ma per anni ¹²), l'età s'intende compiuta tosto che è cominciato l'ultimo giorno del 12.^o o del 14.^o anno: *nam ultimus dies coeptus habetur pro completo* ¹³). E l'ultimo giorno, nel quale principia la pubertà agli effetti del testamento, non è, come alcuni sostengono ¹⁴), il giorno della nascita, ma quello che lo precede, il

¹¹) Vedi la *Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (Rivista critica di giurisprudenza, di Tubinga) vol. 5, pag. 296 segg.

¹²) PAOLO, L. 134 Dig. *de verb. sign.* 50, 16, dice: « Annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus ». — Vedi questo *Commentario*, Libro II, tit. 12 § 269 b, pag. 428. Ediz. ted. vol. III, pag. 568. — Così si spiega come PAOLO stesso, riferendosi a questo modo di computare il tempo, dica nella L. 8 Dig. *de feriis*, 2, 12:

« More romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his vigintiquatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est quasi qualibet hora lucis actum esset ».

Ogni avvenimento accaduto nel corso d'un giorno si considera dunque accaduto in ogni momento del giorno e così al principio di esso. È chiaro che un computo esatto, per cui il principio di un termine di tempo dovesse porsi nell'ora e nel minuto in cui cade il fatto che dà inizio al decorso di quel termine, sarebbe possibile solo nel minor numero dei casi, ben di rado ponendosi mente ad altro che al giorno di un avvenimento e trascurandosi invece per solito di tener conto dell'ora in cui il fatto, da cui deve decorere il termine, avvenne. — Vedi SCHWEPPE, *Roemische Berechnung des Anfangs und Schlusses eines Zeitraums* (Il computo romano del principio e della fine di un termine) § 1 nel *Juristisches Magazin* (Magazzino giuridico) vol. I, Altona 1818, fasc. 1.^o n. IX, pag. 117 segg.

¹³) L. 15 Dig. *de diversis temp. praescr.* 44, 3.

¹⁴) CUIACIO ad L. 5 Dig. h. t. — RÜCKER, *Dissertatio de civili et naturali tem-*

quale comincia *post sextam horam noctis*, come dice ULPIANO, cioè a mezzanotte, appena la campana ha suonato le dodici ¹⁵⁾. ULPIANO spiega questo principio singolare col seguente esempio. Se alcuno è nato al 1.º gennaio può testare, tosto che ha raggiunto 14 anni, e così il giorno della sua nascita qualunque sia l'ora in cui nacque in quel giorno, imperocchè secondo il computo civile non si ha riguardo al giorno della nascita, dovendo questo considerarsi come compiuto appena cominciato. Egli è dunque entrato nel 15.º anno, e quindi ha già passato il 14.º. Ma ciò non è necessario, perchè basta che egli abbia compiuto il 14.º anno e questo è compiuto già al 31 dicembre e precisamente col principio di quel giorno appena suonano le dodici ore della notte dal 30 al 31 dicembre. Così devono sicuramente interpretarsi le parole seguenti di ULPIANO:

« Plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit post sextam horam noctis ¹⁶⁾ valere testamentum; iam enim complexse videtur annum quartumdecimum ».

poris computatione in iure, Lugduni Batavorum 1749, cap. II, § 1, cap. V § 12. Vedi in contrario il § 130 nota 61 di questo *Commentario* (Libro I, tit. 6, vol. II, pag. 220 dell'ediz. tedesca).

¹⁵⁾ PAGENATECHER, *Dissertatio, a qua aetate quis testamentum facere possit. Ad L. 5 Dig. h. t. Adiect.* EIUS, *Comment. ad Pomponium de re testamentaria*, pag. 158-165. — HUBERO, *Praelectiones ad Institutiones tit. quibus non est permisum fucere test.* § 3. — POTHIER, *Pandectae*, tomo II, h. t. n. 15 nota f, g, pag. 173. — ERB, *Ueber den annus civilis* (Sull'anno civile) nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino per il diritto civile) di HUGO, vol. V, n. 8, pagina 237-45. — SCHWEPPE, *Roemische Berechnung*, etc. (Il computo romano del principio e della fine d'un termine) nel cit. *Magazin* (Magazzino), vol. I, pag. 127-30. — FETZER, *Versuche* (Saggi) Heilbron 1802, n. 1. — THIBAUT, *Pandette*, II § 797. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) II § 1083.

¹⁶⁾ Confr. Antonio AUGUSTINO, *Emendationes*, Lib. IV, c. 13 nel *Thesaurus* di OTTONE, IV, pag. 1544 seg. e questo *Commentario*, Libro II, tit. 12 § 269 c. pag. 440 (Ediz. ted. vol. III, pag. 584). L'*hora sexta noctis* è la nostra dodicesima ora di notte, ma non corrisponde alla nostra espressione *le dodici*, bensì indica lo spazio di tempo di tutta intera l'ora che corre dalle 11 alle 12. Essa è dunque l'ultima ora del giorno, non la prima: non è il principio, ma la fine del giorno. La prima ora del giorno è invece l'*hora septima noctis* che viene *post horam sextam noctis* appartenente al giorno precedente, quindi nel caso nostro al 30 dicembre, ed è l'ultima del giorno. Vedi ERB nel *Civilistisches Magazin*, etc. (Magazzino) dell'HUGO, vol. V, pag. 193 segg.

Se s'intendesse *post sextam horam noctis* come il principio del 1.º gennaio l'espressione *pridie Calendarum* verrebbe ad avere un significato inesatto ed apertamente contrario al linguaggio romano. *Pridie* significa sempre il giorno avanti, e così *pridie Calendarum Januarii* il 31 dicembre ¹⁷⁾. Il tempo dopo l'*hora sexta noctis* è dunque il principio del 31 dicembre, cioè la sesta ora compiuta di notte che divide il 30 dal 31 dicembre. Ma con ciò non concorda l'interpretazione di quegli scrittori ¹⁸⁾, i quali credono che ULPIANO risolve qui la questione se colui che vuol fare un testamento debba aver compiuto il 14.º anno effettivamente secondo il computo naturale e quindi esser già entrato nel 15.º, o se basti invece che abbia raggiunto l'ultimo giorno del 14.º anno, nel qual giorno per la finzione del computo civile s'intende compiuto l'anno. ULPIANO avrebbe, secondo quegli scrittori, considerata la questione dapprima con riguardo al giorno natalizio, il qual giorno secondo il computo naturale comincia col sorgere del sole dopo l'ora sesta del mattino e termina col tramonto, cioè all'ora sesta di sera: e avrebbe ammesso, senza distinzioni, la validità del testamento anche se fatto alcune ore prima dell'ora della nascita. Ma il giureconsulto non si ferma qua, sempre secondo i citati scrittori, egli va più in là: *plus arbitror*, etc. Nel proporre la questione egli aveva avuto riguardo al giorno natalizio (*dies natalis*), cioè al giorno naturale. Ma il giorno civile cominciava subito dopo la sesta ora di notte successiva. E poichè per consuetudine ininterrotta (*more recepto*) il giorno civile era quello considerato

¹⁷⁾ Vedi CICERO, *ad Atticum*, lib. VI, ep. 1; *ad familiares*, lib. V, ep. 2. — QUINTILIANO, *Institutiones oratoriae*, lib. VI, c. 1 dove « *pridie Calendarum Januarii* » significa sempre il 31 dicembre. *Pridie* non può aver altro significato, come dimostra SCHELLER nel suo Lessico h. v. con citazione anche della nostra L. 5. Vedasi anche GESNER, *Novus latinae linguae thesaurus* tomo III, pag. 1059 h. v.

¹⁸⁾ DE RETES, *Miscellanea*, lib. I, c. 22 n. 31 nel *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 78. — GMELIN, *Ueber Zeit und Zeitberechnung nach Roemischen Rechtsprincipien* (Sul tempo ed il suo computo secondo i principii del diritto romano) § 17 nel *Critisches Archiv der neuesten iuridischen Literatur und Rechtspflege in Deutschland* (Archivio critico della letteratura e scienza giuridica moderna in Germania) vol. I, Tubinga 1801, pag. 607 segg. — UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung etc.* (Svolgimento diffuso della dottrina della prescrizione) vol. I, Lipsia 1828 § 90, pag. 305 segg.

sempre nella determinazione dei varii rapporti giuridici negli atti della vita ordinaria, così ULPIANO nella soluzione della questione sostituì il giorno civile al giorno natalizio e dichiarò valido il testamento fatto non solo nel giorno natalizio dopo la sesta ora del mattino, anche prima dell'ora della nascita, ma anche quello fatto più presto purchè dopo la sesta ora di notte del giorno precedente.

Secondo questa interpretazione il *pridie Calendarum* appartenerebbe al 1.º gennaio, e il tempo *post primam horam noctis* sarebbe il principio del giorno stesso, il quale, secondo il computo romano, termina colla mezzanotte del giorno successivo. ULPIANO avrebbe diviso il medesimo giorno 1.º gennaio in *dies naturalis* e *dies civilis*¹⁹⁾. Il *dies naturalis*, che va dall'alba al tramonto, sarebbe il giorno natalizio; e il testamento fatto in questo giorno, anche prima dell'ora della nascita, sarebbe sempre valido. Il *dies civilis*, che va da mezzanotte a mezzanotte, sarebbe il *pridie Calendarum Januarii*. « Idem ergo est dicere, dice il DE RETES, *post sextam horam noctis penultimi diei ac dicere in prima hora ultimi diei* ». L'ammettere però che ULPIANO abbia qui pensato al computo naturale contraddice all'insieme del testo e al linguaggio romano. ULPIANO chiama le *Calendae Januariae* il giorno natalizio e dice che per far validamente testamento basta farlo in questo giorno; come può egli intendere per giorno natalizio solo lo spazio di tempo dall'alba al tramonto? Il fatto che i Romani festeggiassero ogni anno il giorno natalizio con augurii di felicità, libazioni, regali e pasti al sorgere del giorno²⁰⁾, non prova ancora che questo insieme di feste e manifestazioni di letizia abbiano dato al giorno natalizio la qualifica di giorno naturale avente principio col sorgere del sole e termine col tramonto, in una parola ciò che i Romani chiamavano *lux*. Al contrario CENSORINO²¹⁾ ne dice espressamente che il giorno natalizio era un giorno civile come tutti gli altri e andava da mezzanotte a mezzanotte.

¹⁹⁾ Che il giorno fosse veramente diviso così presso i Romani è insegnato da CENSORINO, *de die natali*, cap. 23. Vedi pure GODDAEI, *Comm. rep. pralectionis in tit. 16 Libri L Pand. de verb. signif.* ad L. 2 § 1 h. t. pag. 65 seg. Sigenae Nassoriorum 1597.

²⁰⁾ Vedi GMELIN, *Diss. cit.*, § 9, pag. 591 segg.

²¹⁾ *De die natali*, cap. 23, pag. 140 edizione LINDENBROG, Cantabrigiae 1695.

« Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt... Idem significat quod qui a media nocte ad proximam mediam noctem in his horis quatuor et viginti nascuntur, eundem diem habent natalem ».

Lo stesso, secondo la notizia di GELLIO ²²⁾, avea già insegnato MARCO VARRONE in libro rerum humanarum, quem de diebus scripsit:

« Homines, qui ex media nocte ad proximam mediam noctem in his horis XXIV nati sunt, una die nati dicuntur »,

il qual testo si trova anche in MACROBIO ²³⁾.

Ma posto anche che i Romani computassero il giorno natalizio come un *dies naturalis* avente principio coll'alba e termine col tramonto, e perciò il periodo anteriore a questo fosse il periodo di tempo anteriore all'alba colla quale comincia il giorno natalizio, e per quanto ciò accada solo nelle sei ore di notte che precedono il sorgere di questo giorno, si potrebbe sempre richiedere la prova che anche qui il senso dell'espressione *pridie Calendarum* sia proprio questo, cioè il principio del 1.^o gennaio, e che debba intendersi bastante per questo l'aver raggiunto la mezzanotte dal 31 dicembre al 1.^o gennaio. L'espressione *pridie Calendarum* non è usata però in questo senso da alcuno dei classici romani e tanto meno dal nostro ULPIANO. Se il giorno natalizio cade nelle *Calendae Januariae*, sarebbe un far violenza alle parole il voler porre il principio del 1.^o gennaio al *pridie Calendarum* perchè già prima se n'era parlato. L'espressione *pridie Calendarum post horam sextam noctis* non può dunque, come appare anche da un testo analogo di ULPIANO ²⁴⁾, significare altro che il principio del 31 dicembre e quindi la mezzanotte precedente fra il 30 e il 31. Questo retrotrarsi della capacità testamentaria è veramente singolare, e ULPIANO si allontanava dalle dottrine comuni ai suoi tempi quando ammetteva la validità d'un testamento fatto al 31 dicembre. Ma egli non nega che questa sia una singolarità, anzi afferma in modo abbastanza chiaro colle parole *plus ar-*

²²⁾ *Noctes Atticae*, Lib. III, c. 2.

²³⁾ *Saturnalia*, Lib. I, cap. 3.

²⁴⁾ Vedasi la L. 1 Dig. *de manumiss.*, 40, 1, che è pure tolta dal libro VI *ad Sabinum* di ULPIANO.

*bitror*²⁵⁾ che egli in questa questione va un po' più in là dei suoi predecessori e sostiene un'opinione nuova, a conferma della quale anzi si richiama all'autorità del suo contemporaneo MARCIANO. Questa nuova opinione trovò poi accoglimento presso la maggioranza dei giureconsulti, come lo prova la parola *placuit* che ULPIANO usa nella L. 1 Dig. *de manumiss.* 40, 1. La conclusione dunque è che il *complere* non deve limitarsi, come voleva l'antica opinione comune dei giureconsulti, al giorno natalizio, in modo che un testamento possa valere solo se fatto *ipso natali die, quarto decimo anno*, immediatamente al principio del giorno natalizio, e così nel caso configurato da ULPIANO solo se fatto al 1.^o gennaio, ma invece il *complere* avviene, come avea sostenuto anche MARCIANO, *pridie Calendarum* e quindi anche un testamento fatto un giorno prima, cioè il 31 dicembre, è valido²⁶⁾.

Poichè ULPIANO nel nostro testo parla solo della determinazione della pubertà, come requisito pel testamento nei maschi, nasce la questione se nelle femmine la pubertà debba determinarsi secondo un computo diverso. Lo SCHULTES²⁷⁾ crede che per queste i Romani si siano attenuti al computo naturale. Ma la differenza di sesso non ha alcuna influenza sul computo del tempo. Il fatto che ULPIANO abbia preso come esempio il testamento d'un maschio non prova certamente che per le donne debba decidersi diversamente. Il giure-

²⁵⁾ Così si esprime generalmente ULPIANO quando si allontana dall'opinione comune. Vedi L. 24, § 7 Dig. *soluta matr.* 24, 3, L. 1 § 22 Dig. *de collatione*, 37, 6, L. 11 § 13, Dig. *Mandati*, 17, 1, L. 10 Dig. *de procurat. et def.*, 3, 3, L. 5 § 1 Dig. *de agnosc. et alendis liberis*, 25, 3, L. 1 § 8 Dig. *de inspiciendo ventre*, 25, 4.

²⁶⁾ Confr. KOCH, *Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren* (Conferma degli insegnamenti sul requisito della pubertà per fare testamento) Giessen 1798. — WEBER, *Zu Höpfner's Commentar*, ecc. (Note al Commentario dell'HÖPFNER alle Istituzioni di EINECCIO) § 62 nota 8, pag. 99. Gli altri scritti furono citati già al § 130. — Aggiungi però Fed. REINFELDER, *Der annus civilis des Roem. Rechts* (L'annus civilis secondo il diritto romano) Stuttgart 1829, pag. 32-59, scritto fondamentale che fa sparire ogni dubbio sull'esattezza dell'opinione da me difesa.

²⁷⁾ *Bemerkungen über die Mündigkeit zum Testiren nach Roem. Rechte* (Osservazioni sulla pubertà come requisito necessario per far testamento secondo il diritto romano) Jena 1800 § 77, 78, pag. 72 segg.

consulto ha preso quell'esempio perchè più interessante, essendovi appunto stata disputa sul momento della pubertà nei maschi: ma se per le femmine avesse dovuto valere un altro computo egli l'avrebbe detto certamente qui, dove pone come requisito necessario del testamento la pubertà considerandola pure in tutti i rapporti possibili. Neppure PAOLO ²⁸⁾ fa distinzione alcuna fra maschi e femmine, per gli uni e per le altre usa l'espressione *post annum completum* e ULPIANO ci spiega che cosa significhi *complexae*. Il computo civile da giorno a giorno del calendario, che qui è posto a base della trattazione di ULPIANO, costituisce la regola presso i Romani ²⁹⁾, il computo naturale è l'eccezione: e questa non può essere ammessa dove non è stabilita. In fine non è certamente decisivo il fatto che la facoltà di testare sia stata concessa alle donne più tardi. A ragione pertanto l'opinione che distingue è stata rigettata ³⁰⁾.

Nasceva questione sulla determinazione della pubertà nelle persone incapaci di testimonianza negli spadoni e nei castrati cioè; Sabiniani e Proculiani eran d'accordo che la pubertà si dovesse per questi individui determinare secondo gli anni. Altra uscita non c'era, nè potea farsi a meno di stabilire un termine fisso per la testamentificazione. Si ammise dunque l'età di 18 anni come il termine della piena pubertà ³¹⁾. Ciò insegna anche PAOLO ³²⁾:

« Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est anno decimo octavo » ³³⁾.

Ma l'imperatore COSTANTINO con una sua costituzione dell'a. 352, diretta al prefetto del pretorio Rufino, li ha parificati alle persone

²⁸⁾ *Sent. receptae*, III, 4 a., 1.

²⁹⁾ Vedi questo *Commentario*, Libro II, tit. 12 § 269 c. pag. 440 (ediz. ted. vol. III, pag. 585) e lo SCHWEPPE, citata *Diss.* nel *Juristisches Magazin* (Magazzino giuridico) vol. I, pag. 123 seg. § 4.

³⁰⁾ Vedi GMELIN, loc. cit., pag. 609 nota a.

³¹⁾ § 4 I. *de adoptionibus*, 1, 11.

³²⁾ *Sententiae receptae*, III, 4 a. 2. — Vedi DIRKSEN, *Beitraege zur Kunde etc.* (Contributi alla cognizione del diritto romano) *Diss.* I, pag. 55.

³³⁾ La genuinità di queste parole fu dimostrata in modo chiarissimo dallo SCHULTING, *Iurisprudentia vetus anteiustiniana*, ad h. loc. nota 5, pag. 339, contro i dubbii del PETITO, *Observationes*, lib. XI, c. 7.

capaci di testimoniare, cioè agli altri puberi, permettendo loro di testare a 14 anni ³⁴). Così prova la L. 5 Cod. *qui facere test. poss.* 5, 22.

« Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salva testamentorum observantia. — Dat. V Kal. Mart. Sirmii Constantio A. V. et Constante C. Coss. ».

§ 1405.

Libertà di volere. — Errore, dolo, violenza.

Delle disposizioni di ultima volontà che sono l'effetto di pressioni.

Per la confezione di un testamento si richiede prima di tutto libertà di volere da parte del testatore. « Nihil est enim, dice COSTANTINO in un suo editto ³⁵), quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis liber sit stylus ». Ciò che impedisce la libertà del volere osta dunque alla validità del testamento. E se il testamento è prodotto da dolo, errore o violenza è, per regola, nullo ³⁶), mancando qui una « voluntatis nostræ iusta sententia », ond'è come se non vi fosse testamento. Tuttavia il testamento non è sempre nullo: e devono distinguersi le ipotesi seguenti:

1.° Per quel che riguarda l'errore, non ogni errore nuoce alla validità del testamento ³⁷). L'errore può manifestarsi in più guise.

³⁴) Vedi SALMUTH, *Comm. ad G. Panciroli rerum memorabilium sive deperditarum*, lib. II, tit. 10, pag. 194. Francoforte 1660 e SCHULTING, loc. cit., nota 2.

³⁵) L. 1 Cod. *de sacros. Ecclesiis*, 1, 2.

³⁶) L. 1 Cod. *Si quis aliquem testari prohibuerit vel cōegerit*, 6, 34, L. 20 § ult. Dig. h. t. 28. 1 — HUBERO, *Praelectiones ad Pandectas*, lib. XXIX tit. 6 § 2. — WESTENBERG, *Principia iuris romani secundum ordinem Digestorum*, lib. XXIX tit. 6 § 6. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 30. — GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario romano) vol. II cap. 2 pag. 161 seg. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario) § 15, 412. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) vol. II libro V § 454 pag. 194 della 3.^a edizione.

³⁷) Vedi DONELLO, *Commentarii iuris civilis*, lib. VI, c. 21 § 11-16 vol. III, pag. 470 segg. lib. VIII, c. 4, vol. IV pag. 353 ediz. Norimberga 1808. — Scip. GENTILI, *Tractatus de erroribus testamentorum a testatoribus ipsis commissis*, Argentorati 1669. — WENING-INGENHEIM, loc. cit., pag. 193.

Esso può riguardare la persona dell'erede. E può essere soltanto errore sul nome ³⁸⁾ o sulla designazione, e in tal caso non nuoce alla validità del testamento ³⁹⁾, purchè da ciò non sorga un dubbio insolubile circa la persona che il testatore abbia voluto indicare ⁴⁰⁾. Al contrario l'errore *in corpore hominis*, come lo chiama ULPIANO ⁴¹⁾, cioè quando sia istituita erede una persona diversa da quella voluta, rende sempre nullo il testamento, per esempio il testatore voleva nominare erede A, e nominò per errore B. Qui l'eredità non tocca a nessuno dei due, imperocchè B non era quello che il testatore voleva istituire ed A non fu istituito. Lo stesso vale quando il testatore credette per errore che la persona da lui istituita erede fosse sua parente ⁴²⁾, mentre se avesse conosciuta la verità non l'a-

³⁸⁾ L. 4 Cod. *de testamentis*, 6, 23. « IMP. GORDIANUS. Si in nomine vel praenomine seu cognomine seu agnomine testator erraverit, nec tamen de quo senserit incertum sit, error huiusmodi nihil officit veritati ».

GIUSTINIANO nel § 29 I. *de legatis*, 2, 20 soggiunge questa ragione:

« Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, si alio quolibet modo intellegantur nihil interest ».

Vedi GENTILI, cap. 1. — CONRADI, *Dissertatio de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis vel legatarii commissum*. Helmstadii 1736, § X-XIII. Parimente non vi è danno alcuno se il testatore si sia per isvista attribuito un nome falso, quando si sappia ugualmente chi egli sia. L. ult. Cod., *de her. inst.* 6, 24. — Vedi GENTILI, *Tract. cit.* c. 3.

³⁹⁾ L. 33 pr. Dig. *de cond. et dem.* 35, 1. — « MARCIANUS, lib. VI *Institutionum*. Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet, neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est ».

Vedi DONELLO. lib. VI, c. 21 § 15.

⁴⁰⁾ L. 62 § 1 Dig. *de her. inst.* 28, 5 (MODESTINO, lib. II *Pandectarum*). — Vedi CONRADI, *Diss. cit.* §§ XXVI-XXX.

⁴¹⁾ L. 9 pr. Dig. *eod.* 28, 5. — « ULPIANUS, libro V *ad Sabinum*. Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti frater meus, patronus meus, placet neque eum heredem esse qui scriptus est quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit quoniam scriptus non est » — Vedi DONELLO, lib. VI c. 21 § 12.

⁴²⁾ L. 4 Cod. *de her. inst.* 6, 24. — « IMP. GORDIANUS, A. *Ulpio*. Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebatur, non institutum si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est, auferendam ei successionem divorum Severi et Antonini placitis continetur ».

S'intende che le parole *auferendam ei successionem* non indicano che l'ere-

vrebbe istituita ⁴³). In secondo luogo l'errore può essere sui motivi. Tale errore rende nullo il testamento ogni qualvolta senza di esso la disposizione non sarebbe stata fatta ⁴⁴). L'eredità va in tal caso a coloro che sarebbero stati eredi se non vi fosse stato alcun altro istituito. Però i legati ordinati nel testamento debbono esser pagati, perocchè solo l'istituzione di erede e non anche i legati si fondavano sull'errore ⁴⁵). Si vedano a conferma i seguenti testi.

L. 14 § 2 Dig. *de lib. et postumis* 28, 2. « AFRICANUS, libro IV *Quaestionum*. Si quis ita scripserit; ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait si probetur ex eo natum; non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adieciisset propter eam causam exheredare; probaturque patrem circa causam exheredationis errasse » ⁴⁶).

L. 28 Dig. *de inoff. test.* 5, 2. « PAULUS, libro *singulari de septemviralibus iudiciis*. Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit

dità debba andare al fisco, essa deve bensì essere restituita a quelli ai quali sarebbe andata in mancanza di testamento. Vedi L. 5 Cod. *de test.* 6, 23. DONELLO, lib. VI, c. 21 § 14.

⁴³) È diverso quando il testatore abbia chiamato suo fratello l'erede sapendo che non lo era, ma solo perchè lo amava come un fratello. L. 58 § 1 Dig. *de her. inst.* 28, 5. — QUINTILIANO, *Declam.* 271. — DONELLO, loc. cit. § 15. — FORNERIO, *Rerum quotidianarum liber 5 c. 27*, nel *Thesaurus* di OTTONI, II pag. 278. — GENTILI, cap. 1, pag. 7 segg.

⁴⁴) Vedi SCHWEPPE, *Diritto privato romano*, § 789. — HUFELAND, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) II § 1087. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) II, lib. 5 § 454, pag. 193. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario) § 412.

⁴⁵) Vedi A. FABRO, *De erroribus pragmaticorum* dec. 20 err. 9. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 20, pag. 20.

⁴⁶) La lezione è dubbia. L'ALOANDRO legge: « quandoquidem elogium pater, cum filium exheredare proposuisset, adiecit, propter quam eum causam exheredaret; probaturque etc. ». Lo segue il BECK nella sua edizione del *Corpus iuris*. Il BAUDOZA invece legge: « Cum elogium paternum filium exheredare proposuisset et adieciisset eum propter eam causam exheredare, quia probatur patrem etc. » *Elogium* è lo stesso che *causa exheredationis* ed è preso qui per *convicium*. — Vedi CUIACIO, *Ad Africanum*, tract. IV ad h. l. — BRIASONIO, *de verb. sign.* v. *Elogium*.

hereditatem ad filium pertinere; ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum ⁴⁷⁾ quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam cum inofficiosum testamentum arguitur nihil ex eo testamento valet ⁴⁸⁾.

L. 93 Dig. de her. inst. 28, 5: « PAULUS imperialium sententiarum in Cognitionibus prolatarum ex libris sex primo, seu decretorum libro secundo ⁴⁹⁾. Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredes instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno ⁵⁰⁾ occiso et rumore perlato quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: quia heredes, quos volui habere mihi, contingere non potui Novius Rufus heres esto. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros, et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex vo-

⁴⁷⁾ La GLOSSA legge adnotandum ed è seguita dal BAUDOZA.

⁴⁸⁾ Cfr. il § 551 nota 98 di questo Commentario (vol. VII, pag. 317 ediz. tedesca).

⁴⁹⁾ Da questa iscrizione si rileva che le *imperialia sententiae* e i *libri decretorum* di PAOLO non sono la stessa cosa, ma due opere ben diverse; ciò che fu già dimostrato dal BLUHME, *Ueber die Ordnung der Fragmente in den Pandekten* (Sull'ordine dei frammenti nelle Pandette) § 12 nota 30 seg. nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica) vol. IV, pag. 313 segg. contro il CUIACIO, *Observationes*, II, 26.

⁵⁰⁾ L'imperatore COMMODO aveva, secondo il racconto del suo biografo LAMPRIDIO c. 7, fatto uccidere questo Pactumeio Magno insieme con sei altri consolari. La figlia di questo si tenne nascosta per timore del tiranno e tornò fuori solo sotto il regno di SEVERO. Pactumeio Andiotene, forse il suo zio, l'aveva intanto istituita erede universale nel suo testamento sostituendole il di lei padre. Ma poichè essa non si faceva più vedere, così il testatore, credendola morta, cambiò testamento ed istituì erede Novio Rufo. Questo è il nome vero dell'erede come appare da SPARZIANO, *Severo*, c. 15, e non già Nonio come leggono alcune edizioni, fra cui STEFANO e BAUDOZA. Pactumeia Magna impugnò il testamento e rivolse una supplica agli imperatori SETTIMIO SEVERO e ANTONINO CARACALLA, probabilmente contro una sentenza del prefetto del pretorio, poichè contro tale sentenza non era luogo ad altro rimedio (L. 1 Cod. de sent. praef. praetorio, 7, 42) e ottenne il decreto favorevole qui sopra riportato. Si confronti per la storia di questa legge G. PANCIOLO, *Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris*, Lugduni 1617, Lib. II, cap. 62, pag. 243. — MERILLIO, *Observationes*, Lib. II, cap. 3. — ZEPERNICK, *Diatriba de iudicatis centumviralibus*, adiect. SICCAMA, *Lib. de iudicio centumviri*, a se edito, pag. 366.

Iustate testantis putavit imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta » ^{g)}).

2.° Per ciò che riguarda gli effetti della violenza e del dolo le opinioni sono discordi. Alcuni ⁵¹⁾ sostengono che la violenza e il dolo non producano per diritto romano nullità della disposizione di ultima volontà, ma soltanto il fisco tolga all'erede come indegno il vantaggio che gli deriva dalla sua azione illecita. E si richiamano alla disposizione dell'imperatore ALESSANDRO, L. 1 Cod. *si quis aliquem test. prohib.* 6, 34.

« Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit scripsit heredes ».

Si crede inoltre di potere argomentare dal caso in cui alcuno sia stato impedito di far testamento, e nel quale una costituzione dell'imperatore ADRIANO rivendica l'eredità al fisco ⁵²⁾, anche pel caso inverso in cui sia stato mediante violenza o dolo indotto a far testamento, e ciò perchè nella rubrica del titolo *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, sì nelle Pandette come nel Codice, i due casi sono espressamente contemplati e collegati. Ma questa opinione non si giustifica con tali ragioni. In primo luogo infatti la citata costi-

⁵¹⁾ CUIACIO, *Paratitl. ad tit. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, 6, 34. — DUARENO, *Comm. in tit. eundem Pand.*, cap. 3. Opera, pag. 476 segg. — G. MARANO, *Paratitla ad eundem tit. Dig. XXIX, 6.* — WISSENBACH, *Exercitationes ad Pandectas*, Pars I, Disp. LIX, Th. 11. — VOET, *Ad Pandectas*, lib. 39, tit. 6 § 1. — REINOLD, *Variorum*, cap. VIII. *Opuscula a JUGLERO edita*, pag. 86. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano) § 789. — CLAPROTH, *Abhandlung von Testamenten und Codicillen* (Disertazione sui testamenti e i codicilli) § 56, n. 3, pag. 223.

⁵²⁾ L. 1 Dig. *si quis aliquem test. prohib.*, 29, 6.

g) Questo medesimo principio è stato, con maggior precisione ed assolutezza però, codificato nell'art. 828 del nostro codice civile:

« Le disposizioni a titolo universale o particolare fondate sopra una causa espressa che risulti erronea, quando questa sia la sola che abbia determinato il testatore, non hanno alcun effetto ».

tuzione dell'imperatore ALESSANDRO non indica con nessuna parola che l'eredità debba andare al fisco. La violenza usata contro il testatore è un *crimen* punito dalla *lex Julia* o dalla *lex Cornelia* ed è giusto che all'erede istituito nel testamento estorto colla violenza sia tolta come ad un indegno l'eredità che cercò di guadagnarsi in modo così illegittimo. Ma non per questo ha il fisco il diritto di rivendicarla per sè. La pena in questo caso colpirebbe gli eredi innocenti ai quali si volle, col testamento ottenuto mediante violenza, strappare l'eredità. Nè basta il conceder loro, come si vorrebbe, un'azione forse inutile e certo odiosa e limitata come l'*actio de dolo*, oppure mal sicura per la difficoltà della prova, come l'*actio in factum ad interesse*, contro quello che mediante il dolo o la violenza ha tolto loro l'eredità che loro spettava per legge. A quale scopo una azione di danni e interessi dove il diritto di credito può esistere ancora? Dunque dall'indegnità dell'erede istituito non deriva affatto come conseguenza necessaria che debba sottentrare il fisco. Ben altro insegna GIUSTINIANO stesso nella L. un. § 12 Cod. *de caducis toll.* 6, 51 che è, per questo riguardo, decisiva:

« Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum sive in alias personas perveniant ».

Queste *aliae personae* evidentemente non possono essere che coloro ai quali sarebbe spettata l'eredità se il testatore non fosse stato indotto a testare da dolo o da violenza.

Infine è del tutto inesatto l'argomento per cui se il fisco ha diritto di rivendicare l'eredità quando alcuno fu impedito di fare o di mutare un testamento deve anche aver lo stesso diritto quando il testatore fu invece costretto a fare il testamento. Da un lato infatti le leggi stesse dicono che non si devono ammettere *bona erepticia* per interpretazione estensiva e che non si delinque quando si conclude contro il fisco. « Non puto delinquere, dice MODESTINO, *libro singulari de praescriptionibus* ⁵³), qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit ». D'altro lato poi il caso in cui le leggi attribui-

⁵³) L. 10 Dig. *de iure fisci*, 49, 12.

scono l'eredità al fisco è al tutto diverso dal nostro. Imperocchè nel caso che il testatore sia stato impedito di far testamento non si sa chi egli avrebbe istituito erede, ma se voleva fare un testamento certo è che non doveva secondo il suo desiderio nè farsi luogo alla successione intestata nè valere il testamento da lui eventualmente fatto prima. Essendo dunque assolutamente incerto chi avrebbe dovuto essere l'erede, le leggi fanno erede il fisco. Ma se invece il testatore non avea intenzione di fare un testamento, segno è che voleva che la sua successione restasse o agli eredi intestati o a quelli istituiti già in un primo testamento; perchè dunque il fisco dovrebbe strappare l'eredità all'erede chiamato legittimamente per volontà del defunto? Sarebbe questa una evidente ingiustizia. Per questi motivi l'opinione in discorso già da lungo tempo è stata respinta⁵⁴⁾.

Al contrario altri scrittori⁵⁵⁾ ritengono che il testamento fatto sotto l'influsso della violenza o del dolo sia nullo *ipso iure*, e per ciò l'eredità non possa esser rivendicata dal fisco, ma vada agli eredi intestati o all'erede istituito in un precedente testamento valido. Altri ancora⁵⁶⁾ ritengono che solo l'istituzione d'erede sia nulla e quindi se il testatore abbia nel testamento coatto disposto spontaneamente dei legati questi non debbano esser nulli *quia utile per inutile non vitiatur*. Da tutto questo discorda Antonio FABRO⁵⁷⁾ il

⁵⁴⁾ Vedi PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, tomo II, obs. 10 § 5. — KOECHY, *Commentatio de testamento vi metue extorto*, Lipsia 1800, § 7. — OVERBECK, *Meditationen über verschiedenen Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie giuridiche) vol. IV, med. 459.

⁵⁵⁾ HUBERO, *Prælectiones ad Pand.* XXIX, 6 § 2. — KURRER, *Dissertatio de testamento coacto*, Tübingae 1682, Th. 19 segg. — COCCEIO, *Ius civile controversum*, tomo III. *Si quis aliquem test. prohib.*, qu. 1, c. 2. — WESTENBERG, *Principia iuris secundum ordinem Digestorum*, XXIX, 6 § 6. — EINECCIO, *Elementa iuris civilis secundum ord. Pand.* ibid. parte V, § 114. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 30. — WALCH, *Introductio in controversas iuris civilis*, Sez. II, c. 4 memb. 3 § 18. — MUELLER, *Observationes practicae ad Leyserum*, tomo IV, obs. 578, n. 2, pag. 76. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) vol. II, lib. 4 § 454, pag. 192.

⁵⁶⁾ CARPZOVIO, *Iurispr. forensis*, parte III, const. 5, def. 9 et 17. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.*, lib. XXIX, tit. 6 § 7, 8, 11. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. VI, Specimen 375, medit. 9.

⁵⁷⁾ A. FABRO, *De erroribus pragmaticorum*, Dec. 38 err. 3, 4, 5.

quale distingue il caso in cui la violenza o il dolo siano avvenuti proprio nell'atto di testare da quello in cui lo abbiano preceduto. Nel primo caso il testamento sarebbe nullo *ipso iure* ed assolutamente, ma non nel secondo nel quale invece l'eredità verrebbe soltanto tolta all'erede come indegno e attribuita al fisco, coll'obbligo però di prestare i legati. Contro il fisco poi non vi sarebbe, secondo il FABRO, azione di regresso qualora gli eredi legittimi, così spogliati, per effetto del testamento coatto, della loro eredità non avessero potuto ottenere alcun indennizzo da quello che col suo agire illecito indusse il testatore a far testamento. Però già altri han dimostrato in modo esauriente come questa opinione sia infondata ⁵⁸⁾. L'opinione più esatta è quella che distingue i seguenti casi :

1.° Solo una parte del testamento è frutto di dolo o violenza. In tal caso non tutto il testamento è nullo, ma solo quella parte che fu effetto di dolo o violenza si ha per non scritta; il resto è valido ⁵⁹⁾.

L. 257 Dig. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11 « ULPIANUS, libro XLI *ad Edictum*. Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitatum probatur bonorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest qui heres scriptus est non consulto testatore; *nam pro non scripto est quem scribi noluit* » ⁶⁰⁾.

È indifferente se il dolo o la violenza furono opera dell'istituito o d'un terzo, sciente o insciente l'onorato.

2.° Tutto il testamento è frutto di dolo o violenza. In tal caso tutto il testamento è nullo, perchè tutto il contenuto di esso si fonda sopra illecita violenza o arte fraudolenta, e l'eredità va agli eredi legittimi.

3.° Se uno o più di parecchi eredi intestati abbiano indotto con

⁵⁸⁾ Vedi KURRER, *Dissertatio de testamento coacto*, th. 31, 33. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* (Pareri giuridici) III, Par. 78. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 30.

⁵⁹⁾ Vedi HOFACKER, *Principia iuris civilis Rom.-Germanici*, tomo II § 1617, editio secunda, Tubingae 1801. — KOECHY, *Comm. cit.* § 9.

⁶⁰⁾ Confr. anche L. 1 Dig. *de his quae pro non scriptis habentur*, 34, 8. — Vedi PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, II, obs. 10 § 5.

dolo o violenza il testatore ad istituire eredi loro soli, secondo alcuni scrittori ⁶¹⁾ la parte di eredità che a quelli spetterebbe *ab intestato* dovrebbe essere rivendicata dal fisco considerandosi quegli eredi come indegni. E lo stesso dovrebbe dirsi quando l'erede nominato in un primo testamento avesse costretto il testatore a farne un altro istituendolo in una parte maggiore; il fisco rivendicherebbe come da un indegno la parte lasciata all'erede nel primo testamento. Ma non vi è alcuna legge che accordi questi favori al fisco. Le leggi da cui si argomenta ⁶²⁾ evidentemente non fanno al caso, esse parlano del caso in cui alcuno abbia impedito il testatore di fare o di mutare un testamento e questo è tanto differente dal caso di coazione a fare un testamento che dall'uno all'altro, come fu già mostrato sopra, non si può argomentare. Deve dunque darsi la preferenza all'opinione di quelli che ammettono in questo caso il diritto di accrescimento ⁶³⁾.

Le pressioni importune e le preghiere insistenti colle quali si induca il testatore a fare un testamento contro volontà sono parificate alla violenza, specialmente se esercitate su persone malate o vecchie.

Questa almeno è l'opinione comune degli scrittori ⁶⁴⁾. Diversamente

⁶¹⁾ BOEHMER, *Introductio in ius Dig.*, lib. XXIX, 6. § 2. — WERNHER, *Lectissimae Commentationes in Pandectas*, eod. lib. et tit. § 2. — HOFACKER, loc. cit. — MALBLANC, *Principia iuris romani*, Pars III, § 689. — KOECHY, *Comm. cit.*, pag. 27 § 9.

⁶²⁾ L. 1 pr. Dig. *Si quis aliquem test. prohib.* 29, 6: « Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus HADRIANUS constituit denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore (ULPIANUS) ».

L. 2 Cod. eod. 6, 34. « Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS. Eos qui ne testamenta ordinentur impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberrimi iuris est ».

⁶³⁾ KURRER, *Diss. de testamento coacto*, Th. 33, pag. 45. — LEYSER, *Diss. de bonis erepticiis*, § 30. — PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, II, obs. 10 § 6. — Cfr. pure la mia Dissertazione sulla dottrina dell'eredità intestata (*Lehre der Intestaterbfolge*) § 30, pag. 113.

⁶⁴⁾ CARPZOVIO, *Iurispr. forensis*, parte III, const. 5 def. 9. — SANDE, *Decisiones*, lib. IV, tit. I def. 11, n. 2. Opera, pag. 141 ediz. Groninga. — WERNHER, *Selectas observationes forenses*, I, parte II, obs. 408. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. VI, Spec. 375 med. 8. — KURRER, *Diss. cit.*, Th. XV e XXI. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 31. —

la pensano lo ZOLLER ⁶⁵⁾, l'HOMMEL ⁶⁶⁾ e il WEBER ⁶⁷⁾: ma l'essere in questi casi di solito difficile la prova, come essi accennano, non esclude che il principio sia giusto. Semplici carezze, preghiere o lusinghe, quando non siano congiunte con artifici dolosi, non ostano alla validità del testamento non escludendo esse la libertà del volere ⁶⁸⁾. A questa ipotesi si riferisce una notevole costituzione degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nella quale così rescrivono ad EUTICHIDE (L. 3 Cod. *si quis aliq. test. prohib.* 6, 34):

Judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone non est criminosum. — Dat. V Kal Jan. C. C. Coss. (293) ».

È spesso vero quello che GIOVENALE ⁶⁹⁾ dice al suo amico Urfidio POSTUMO per dissuaderlo dal matrimonio:

« Semper habet lites alternaque iurgia lectus,
In quo nupta iacet, minimum dormitur in illo ».

Ma questo non è il *sermo maritalis* di cui parlano gli imperatori: imperocchè litigando e contrastando difficilmente il marito potrebbe procurarsi un posto nel testamento della moglie. Occorre piut-

HOEPFNER, *Commentar. ecc.* (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO) § 442. — HUFELAND, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune o sussidiario), II § 1086 nota 2. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune) vol. II, lib. 5 § 454, pag. 194, 3.^a edizione. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario) § 412.

⁶⁵⁾ *Dissertatio quaestionem continens utrum testamentum importunis sollicitationibus factum valeat*, Lipsiae 1768.

⁶⁶⁾ *Rhapsodia quaestionum forensium*, vol. III, obs. 428.

⁶⁷⁾ Sul *Commentario* di HOEPFNER, § 442 nota 1; del medesimo *Erklärungen* (Interpretazioni delle Pandette) vol. II § 1405, pag. 216.

⁶⁸⁾ PISTORIS, *Quaestiones iuris*, lib. I, qu. 29. — SANDE, loc. cit. — CARPZOVIO, loc. cit. def. 7. — LAUTERBACH, *Collegium th. pr. Pandectarum*, lib. XXIX, tit. 6 § 2. — KURRER, *Diss. cit.*, Th. 13, 19. — PUFENDORF, *Observationes iuris univers.*, tomo II, obs. 10 § 7. — WESTPHAL, loc. cit. — KOECHY, *Comm. cit.* § 4. — BUELOW e HAGEMANN, *Practische Erörterungen ecc.* (Dissertazioni pratiche su varie parti della scienza del diritto) vol. IV, diss. 27. — SCHWEPPE, *Römisches Privatrecht* (Diritto privato romano) § 789. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II § 1618. — THIBAUT, *Pandette*, II § 798. — GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario) II, pag. 161.

⁶⁹⁾ *Satyra VI*, v. 267, 268.

tosto, per guadagnarsi il cuore della donna, quello che consiglia OVIDIO ⁷⁰⁾:

« Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:

Blanda tamen ».

Maritalis sermo è dunque lo stesso che *blandus sermo*, *blanditiae maritales*, come interpreta giustamente il OUIACIO ⁷¹⁾. Guadagnarsi l'animo della propria moglie con tali carezze e lusinghe, in modo da indurla a testare pel marito o a non distruggere il testamento già fatto a favore di questo, è permesso, e tali carezze o lusinghe non rendono il testamento nullo, purchè in esse non consista dolo o violenza da parte del marito. Questo dice anche PAPINIANO, lib. XV *Responsorum* ⁷²⁾:

« Virum, qui non per vim nec per dolum quo minus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret intercesserat, sed, ut fieri assolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamentum fuerat datum auferendum ».

Qui espressamente si contrappongono al *maritalis sermo*, la *vis* e il *dolus*. A ragione pertanto lo STRUBEN ⁷³⁾ censura il CRELL ⁷⁴⁾ il quale ha scritto una dissertazione sulla L. 3 Dig. cit. nel resto esattissima, dove però sostiene che *sermo maritalis* debba considerarsi anche una *severa increpatio qua maritus intercedit ne uxor sibi adimat hereditatem*, arrivando anzi a dire che se anche dalle parole si fosse passati alle vie di fatto e la moglie avesse per paura di peggio testato a favore del marito, un tal testamento non dovrebbe considerarsi nullo, qualora la moglie non fosse stata battuta immediata-

⁷⁰⁾ *De arte amandi*, lib. I, v. 469.

⁷¹⁾ *Comm. in lib. XV Responsorum Papiniani, ad L. ult. D. si quis aliq. test. prohib.* Opera postuma, I, pag. 581.

⁷²⁾ L. 3 Dig. si quis aliquem test. prohib. 29, 6.

⁷³⁾ *Rechtliche Bedenken* (Pareri giuridici) parte III, par. 78.

⁷⁴⁾ CRELL, *Observationes ad L. 3 Dig. si quis aliquem test. prohib. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa*, Vitembergae 1789 in *Eius Dissertationes et Programm.* fasc. V n. 40. Sembra che da lui non discordi il QUISTORP, *Rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche) vol. I, n. IX, pag. 68.

mente prima di far testamento. Ragionevole, come dicevamo, è la censura dello STREUBEN perchè il rispetto, che le leggi impongono verso il marito ⁷⁵⁾, non giunge sino ad ammettere che la moglie debba sopportare anche simili mali trattamenti. Il *metus reverentialis* non deve esser l'effetto di minacce o violenze ⁷⁶⁾: nè qui si adatta certo il principio delle leggi ⁷⁷⁾, per cui un atto che sia l'effetto del *metus reverentialis* non deve ritenersi atto non libero. Parimente, che la violenza sia avvenuta nel momento di testare o prima non importa differenza alcuna. A schiarimento e conferma del fin qui detto gioverà forse vedere come i *Basilici* ⁷⁸⁾ riportano questo testo.

Ἐάν τις ἀνὴρ ὧν διαλεχθῇ τῇ γυναίκί, καὶ πείσῃ αὐτὸν γράφει αὐτὸν κληρονόμον, οὐ δοκεῖ ἀνάγκην αὐτῇ ἐπιτελεῖναι, (« si maritus quis sermocinatus sit cum uxore et ipsi persuaserit ut eum heredem scriberet, non videtur eam compulisse »).

L'espressione *πείσῃ* da *πείθω* conferma la nostra interpretazione e sta a confutazione di quella del OBELL. Il verbo *πείθειν* *τινα* significa appunto persuadere qualcuno con ragioni, preghiere e buone parole ⁷⁹⁾.

Nelle leggi è parola solo del marito che con blandizie persuade la moglie a favorirlo nel testamento, ma lo stesso principio vale senza dubbio pel caso inverso che la moglie abbia con lusinghe, come suole avvenire fra coniugi, ma senza arti dolose indotto il marito a testare a suo favore. Nessuna ragione infatti vi sarebbe per decidere in senso contrario, tanto più che gli argomenti *a contrario* non sono ammissibili nell'interpretazione dei rescritti degli Imperatori nè di quei frammenti delle Pandette che son tolti dai libri di Responsi d'un giureconsulto romano ⁸⁰⁾. Del resto perchè

⁷⁵⁾ L. 14 § 1 in fine Dig. *soluta matr.* 24, 3.

⁷⁶⁾ Vedi questo *Commentario*, libro II, tit. 14 § 300-301 pag. 616-617 (Ediz. ted. vol. IV, pag. 171).

⁷⁷⁾ L. 22 Dig. *de ritu nuptiarum*, 23, 2 L. 6 Cod. *de his quae vi metusve causa* 2, 19.

⁷⁸⁾ XXV, 4, 4 (ediz. HEIMBACH, ediz. FABROT, vol. IV, pag. 780).

⁷⁹⁾ Vedi PASSOW, *Griechische Handwörterbuch* (Dizionario manuale greco) v. *πείθω*.

⁸⁰⁾ Vedi ECKHARD, *Hermeneutica iuris*, lib. I, § 221 e la mia Introduzione allo studio del diritto privato romano (*Einleitung in das Studium des Römischen Privatrechts*) § 10, pag. 66.

non si dovrebbe chiamare *maritalis sermo* anche la perorazione amichevole della moglie verso il marito, posto che PAPINIANO⁸¹⁾ designa col nome *maritus* tutti e due i coniugi e gli imperatori VALEBIANO e GALLIENO⁸²⁾ raccomandano anche alla moglie la *concordia maritalis*? Piuttosto è questionabile se ciò che le leggi dicono delle lusinghe e carezze coniugali si possa estendere anche alle persone che non siano fra loro nel rapporto di coniugi. Parecchi scrittori⁸³⁾ lo negano. Ma qui non è tanto il rapporto coniugale che influisce quanto l'esistenza della libertà di volere. Per ciò se con preghiare e lusinghe questa libertà non è tolta, non vi è nulla da opporre alla validità di un testamento che da quelle sia occasionato⁸⁴⁾.

Del resto è intuitivo che quando venga contestata la validità di un testamento pel motivo che esso sia l'effetto di minacce, violenza o artifici doloai, la prova di ciò incombe a chi lo afferma. I mezzi di prova sono i consueti, e quindi può farsi luogo anche al giuramento, il quale però deve esser deferito su fatti specifici che diano a conoscere la violenza o il dolo⁸⁵⁾. Ma poichè di solito la violenza e il dolo si commettono di nascosto e per ciò la prova ne è difficile, sono ammesse delle presunzioni e mezzi di prova indiziarii⁸⁶⁾. Una forza prevalente si dà però alla prova che viene dal testatore stesso quando questi abbia affermato davanti a testimoni degni di fede indicando tutte le circostanze del fatto, di essere stato costretto in

⁸¹⁾ L. 52 § 1 Dig. de don. inter. vir. et ux., 24, 1.

⁸²⁾ L. 5 Cod. de institut. et substit. 6, 25.

⁸³⁾ REINOLD, *Variorum*, c. 8, in *Opuscula* a JUGLERO edita, pag. 84-92. — G. Goffredo JUNCKLER, *Dissertatio de testamento, quod quis blanditiis invitatus condidit, invalido*, Lipsiae 1774.

⁸⁴⁾ Si confronti STRYK, *Dissertatio de iure blanditiarum*, cap. 4. Francof. ad Viadr. 1672 e vol. II nelle *Dissertationes iunctae editae*.

⁸⁵⁾ KURBER, *Diss. cit. de testamento coacto*, Th. 24. — HOEFLER, *Ezerctatio iuridica de iolta iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito et speciatim libertatem testamenti impediēte*, moderatore G. Frid. DEINLINO def. Altorfi 1739. — WERNHER, *Selectae observationes forenses*, Tomo I, Pars I, obs. 193. — LEYSER, *Meditationes ad Pand.*, vol. VI, spec. 375 med. 35, 36. — REINHARTH, *Selectae observationes ad Christiani decisiones*, vol. III, obs. 3.

⁸⁶⁾ KURBER, *Diss. cit.* Th. 22 in f. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, tomo II, § 1619. — MALBLANC, *Principia iuris Romani*, Pars ult. § 689. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 798.

modo illecito a fare quel testamento e di averlo fatto per evitare danni ulteriori, o anche se questo egli abbia dichiarato nell'atto stesso di far testamento ⁸⁷⁾.

§ 1406.

Se la disposizione sull'eredità possa essere rilasciata all'arbitrio di un terzo, o riposta nella volontà di altri.

L'essenza del testamento consiste non solo nella volontà del testatore, ma anche nella determinazione fatta da lui medesimo della persona dell'erede. « Nam testamentum vires per institutionem heredis accipit », dice PAPINIANO, libro XV *Quaestionum* ⁸⁸⁾. Il testatore quindi non può rilasciare alla determinazione d'un terzo il contenuto del testamento in modo che quegli abbia da nominare le persone degli onorati, imperocchè egli si spoglierebbe quasi della propria volontà e il testamento non sarebbe più *suae voluntatis sententia*, bensì una *voluntas aliena*, nè può far dipendere l'istituzione d'erede dall'arbitrio di un terzo in modo che un terzo abbia da influire sulla nomina dell'erede per quanto fatta dal testatore. Anche in questa seconda ipotesi infatti ha abdicato la propria volontà ⁸⁹⁾ e rimesso all'arbitrio di un terzo ciò che si aspetta dal testatore, la determinazione più precisa di essa ⁹⁰⁾. Questi sono principii ammessi in gene-

⁸⁷⁾ CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, parte III, c. V, def. 12. — KURER, *Diss. cit.* Th. 23. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II § 1619 in f.

⁸⁸⁾ L. 10 Dig. de iure cod. 29, 7.

⁸⁹⁾ GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario romano) vol. II, pag. 158 segg.

⁹⁰⁾ Vedi SCHRADER, *Abhandlung. In wie fern kann man letztwillige Verfügungen gültig der Bestimmung Anderer überlassen* (Dissertazione sulla possibilità di lasciare validamente una disposizione di ultima volontà all'arbitrio di terzi) nelle sue *Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile) I, n. 3 § 5, pag. 53 e il mio *Programma Innocentius III Pontifex Romanus in cap. 13 X de test. et ult. volunt. iuri civili haud derogans, sive de effectu singulari extremæ voluntatis in alterius dispositionem commissæ*, Erlangæ 1784, Sez. I, in *Opuscula* fasc. I, n. 2, pag. 161 segg. Si notino anche, per la conoscenza della letteratura, MAIANISIO, *Disputatio de voluntate necessaria in ultimis dispositionibus* nelle sue *Disputationes iuris civilis*, tomo I, Lugduni Batavorum 1752, disp. 29, pag. 438 segg. — MUYDEN, *Specimen iuridicum inaugurale de ultima voluntate collata in arbitrium alterius*, Lugduni Batavorum 1788. — WIESAND, *Opuscula*, Lipsiæ 1782, Specimen VI, med. 1, pag. 62 segg.

rale e accolti nelle leggi come proverbii giuridici. Vi si riferiscono i testi seguenti:

L. 32 pr. Dig. *de her. inst.* 28, 5. « GAIUS, *lib. primo de testamentis ad Edictum praetoris urbani*. Illa institutio quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres ⁹¹⁾ decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere ».

L. 68 Dig. *eod.* 28, 5. « POMPONIUS, *lib. VII ad Quintum Mucium*. Atquin si quis ita scripserit: si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio ».

E gli altri giureconsulti concordavano indubbiamente. Infatti ULPIANO ⁹²⁾ espone il principio: « Certum consilium debet esse testantis »; e nel lib. V *ad Sabinum* ⁹³⁾ insegna: « Heres institui, nisi ut certus ⁹⁴⁾ demonstretur, nemo potest ».

Parimenti MODESTINO, libro II *Pandectarum* ⁹⁵⁾: « Quoties non apparet quis institutus sit, institutio non valet ». Ora questo è appunto quando l'istituzione d'eredità sia rilasciata all'arbitrio di un terzo. Lo stesso insegna colle medesime parole anche PAOLO ⁹⁶⁾. Come però l'istituzione d'eredità può farsi dipendere da una condizione casuale, così essa vale anche quando si fa sotto condizione consistente nell'atto di un terzo, sebbene per esser questo un atto riposto nell'arbitrio del terzo, sia lo stesso che se l'istituzione si fosse fatta dipendere addirittura dalla volontà del terzo. POMPONIO nel lib. VII *ad Quintum Mucium* ⁹⁷⁾ lo insegna chiaramente:

« Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione: si Titius in Capitolium ascenderit ⁹⁸⁾; quamvis non alias heres esse

⁹¹⁾ Chi siano questi *veteres* ci è insegnato dal DIRKSEN nei suoi *Beitragge* (Contributi alla cognizione del diritto romano) Diss. 2.^a, pag. 159 segg. Cfr. pure i miei Opuscoli fasc. I, n. 2 § 1, pag. 161 segg.

⁹²⁾ XXII, 4, in HUGO, *Ius civile anteiust.*, I, pag. 63.

⁹³⁾ L. 9 § 9 Dig. *de her. inst.* 28, 5.

⁹⁴⁾ I più leggono così (ALOANDRO, MIREO, MERLINO, BAUDOZA), mentre la fiorentina ha *certe*.

⁹⁵⁾ L. 62 § 1 Dig. *eod.*

⁹⁶⁾ *Sententiae receptae* III, 4 b. 3. — HUGO, *Ius civile anteiust.*, I, pag. 135.

⁹⁷⁾ L. 68 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

⁹⁸⁾ Alla domanda perchè appunto questo esempio sia stato scelto di solito

possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin, si quis ita scripserit: si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio. Quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando ⁹⁹⁾ si verbis tegantur eandem significationem habeant ¹⁰⁰⁾, quam haberent expressa, et momentum ¹⁾ aliquod habebunt. Sic enim filii exhereditatio cum eo valet si quis heres existat: tamen nemo dubitat quin si ita aliquis filium exheredaverit: Titius heres esto, et cum heres erit Titius filius exheres esto, nullius momenti esse exheredationem ²⁾).

Nelle leggi riferite si parla solo di istituzione d'erede, ma secondo la dottrina antica riassunta da GAIO nel principio « testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet », quel che ivi era detto valeva in generale per ogni disposizione e quindi si riferiva anche ai legati; e ciò insegna appunto MODESTINO nel lib. VII *Differentiarum* ³⁾).

« Nonnumquam contingit ut quaedam nominatim expressa officiant quamvis omissa tacite intellegi potuissent nec essent obfutura. Quod evenit si alicui ita legatur: Titio decem do lego, si Maevius Capito-

dai giureconsulti tanto nelle istituzioni di erede quanto nei legati condizionali, risponde il mio INNOCENTIUS III, *Opuscula*, fasc. I, pag. 180 segg.

⁹⁹⁾ Invece di *quando* BAUDOZA legge *quae*.

¹⁰⁰⁾ Il WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti) § 300, crede che le parole *eandem significationem habeant* debbano essere completate coll'aggiunta di un *quavis*. L'ALOANDRO pure legge « *licet eandem significationem habeant* ».

¹⁾ L'ALOANDRO ha « *momentum tamen* » invece che « *et momentum* ». — Il WESTPHAL al contrario vuol cancellare *et*.

²⁾ L'ALOANDRO, il MIREO e il BECK leggono più esattamente « *nullius momenti sit exhereditatio* ». Del resto il senso di queste ultime parole è il seguente: Sebbene la diseredazione non valga se non quando l'erede istituito abbia adito l'eredità e questa adizione dipenda dal suo arbitrio, tuttavia l'arbitrio dell'erede che egli voglia l'eredità non può essere posto come condizione espressa della diseredazione. I motivi di questa decisione sono esposti nella L. 3 § 1, 2 Dig. *de liberis et post.* 28, 2. — Vedi MAIANISIO, *Ad XIX iurisconsultorum omnia fragmenta quae extant in iuris civilis Corpore, Commentarius*, Genesvæ 1764, tomo I, pag. 325 segg. — POTHIER, *Pandectae Inst.* tomo II, lib. 35, tit. I, n. 59, nota *f, g*, pag. 460.

³⁾ L. 52 Dig. *de cond. et demonstr.*, 35, 1.

lium ascenderit, nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: si Maevius voluerit Titio decem do, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent ».

Pertanto secondo questi testi corre una grande differenza fra il caso in cui l'ultima volontà stessa del testatore, cioè l'istituzione di erede o il legato, è rimessa all'arbitrio d'un terzo, e quello in cui il semplice atto di un terzo, sia pure dipendente dal suo mero arbitrio, è posto come condizione dell'ultima volontà ⁴). Il primo contraddice a quel principio, il secondo no. ULPIANO però non sembra accettare quel principio; e pare che egli non ammetta quella differenza:

L. 1 pr. Dig. *de leg.* II, 31. « ULPIANUS, lib. IX *ad Sabinum*. In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest. Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit? ».

E il medesimo ULPIANO insegna nel libro XXI *ad Sabinum* (L. 43 § 2 Dig. *de leg.* I, 30):

« Legatum in aliena voluntate conferri potest, in heredis non potest ».

In fine nel lib. VI *Disputationum* egli applica questo principio a una manomissione fedecommissaria. L. 46 § 2 Dig. *de fid. libert.* 40, 5:

« Sed et si ita adscriptum sit: si Seius voluerit Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici valere libertatem, quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: si Titius Capitolium ascenderit ».

Da questo testo sembra che si debba concludere che ULPIANO abbia considerato identici il caso di un legato dipendente dal mero arbitrio di un terzo e quello del legato condizionato ad un atto di-

⁴) Cfr. NISSEN, *Dissertatio ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX libris Differentiarum supersunt*, Lugduni Batavorum 1750, cap. 8 nel *Thesaurus dissertationum iuridicarum Belgicarum* dell'OELRICH, vol. I, tit. I, pag. 77 segg. e il mio *Programma, Innocentius III*, sez. 1 § 4. Opuscoli, fasc. I, pag. 179 segg.

pendente dalla volontà di un terzo, o, per dirla colle sue parole, che non ci sia differenza fra la condizione « *si Titius Capitolium ascenderit* », e la condizione « *si Titius voluerit* ». Non può però non far meraviglia che ULPIANO esponga qui un principio così apertamente contraddittorio a quella regola generale della quale, come già sopra fu osservato, GAIÒ diceva: « *Satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* ». Ancora più deve meravigliare che ULPIANO il quale afferma senza esitanza « *legatum in aliena voluntate poni posse* », nella decisione del quesito se sia valida una libertà fedecommissaria sotto la condizione « *si Seius voluerit* » risponda invece esitante e dubbioso: « *mihi videtur posse dici valere libertatem* ». In fine fa specialmente meraviglia il vedere che MODESTINO, scolaro di ULPIANO ⁵⁾, difenda un'opinione così discorde da quella del suo maestro, mentre pure altrove ne cita sempre l'autorità col massimo rispetto ⁶⁾. E i compilatori delle Pandette avrebbero potuto lasciar passare così evidenti contraddizioni? Nessuna meraviglia dunque se, fin dai primi tempi del risorgere degli studii della legislazione romana a Bologna, si sono fatti molti tentativi per conciliare ULPIANO con GAIÒ, POMPONIO e MODESTINO. Mi sia concesso di esporli ed esaminarli qui brevemente, sì quelli degli antichi come quelli dei moderni.

La Glossa alla L. 1 pr. D. *de leg.* II, 31, *verb. condicio* riferisce le interpretazioni dei due glossatori Giovanni BASSIANO e ROGERIO. Il primo interpreta le parole *in arbitrium conferre legatum* per un *arbitrium boni viri* osservando che di tale *arbitrium* appunto si parla tosto nel successivo § 1, e dice che *veluti condicio* significa lo stesso che *in vim condicionis*. Secondo questa opinione non vi sarebbe differenza fra la condizione « *si Titius in Capitolium ascenderit* » e l'altra « *si Titius voluerit* (soil. *arbitrari*) »; in ambedue i casi la disposizione sarebbe valida. Invece ROGERIO interpreta le parole di ULPIANO « *quid enim interest* » come affermative « *aliquid enim interest* »; il significato della legge sarebbe dunque che un legato possa esser ri-

⁵⁾ ULPIANO lo chiama nella L. 52 § 29 Dig. *de furtis*, 47, 2 « *studiosum snum* ».

⁶⁾ Vedi L. 2 § 9, L. 4 § 1, L. 8 § 9, L. 10 § 8, L. 12 pr. L. 13 § 2 Dig. *de excusationibus*, 27, 1.

messo all'arbitrio d'un terzo solo sotto la forma di una condizione, essendovi sempre una qualche differenza fra il legato « *si Titius in Capitolium ascenderit* » e quello « *si voluerit* ».

Ambedue queste interpretazioni furono confutate da BARTOLO ⁷⁾ e anche il PANCIOLOLI ⁸⁾ dimostrò che esse non si conciliano affatto colle parole della legge. Non merita maggior favore l'interpretazione del magister VACARIUS nel suo estratto del Codice e delle Pandette fatto per uso dei suoi studenti poveri di Oxford ⁹⁾. Nella Glossa ad L. 1 cit., egli intende il passo di ULPIANO così, che non vi sia differenza fra i due esempi citati *quantum ad figuram condicionis et suspensionis effectum*, ma che ve ne sia *quantum ad vim et potestatem, quia si ascenderit* (sc. Titius) *est in mora* (sc. heres) *et valet legatum, si noluerit non est in mora; immo statim non valet* ¹⁰⁾.

Il CUIACIO ¹¹⁾, seguito dal BACHOVIO ¹²⁾, dal FACHINEO ¹³⁾, dal CHABONDAS ¹⁴⁾, da Giac. GOTOFREDO ¹⁵⁾, da A. VINNIO ¹⁶⁾, e da Gerolamo OROZ ¹⁷⁾, crede che le parole « *si Titius voluerit* » si possano intendere in due sensi, e cioè o il testatore volle con esse riporre tutto nella volontà di Tizio in modo che questo fosse *arbiter et quasi dator legati* e in tal caso il legato è nullo, e a questo caso appunto si riferisce MODESTINO nella L. 52 Dig. *de cond. et dem.* 35, 1, oppure quelle parole furono intese dal testatore come una condizione in guisa che significchino « *si forte acciderit aliquando ut id Titius velit* », e in tal caso il legato vale come se fosse stato rimesso alla volontà di Tizio colla condizione « *si Titius Capitolium ascenderit* ». Ond'è che ULPIANO dice con ragione non esservi alcuna differenza « *si Titius in Capito-*

7) Ad L. 40 Dig. *de pactis* 2, 14, ad L. 1, Dig. *de leg.* I, 30.

8) *Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris*, lib. III, c. 5.

9) Vedi SAVIGNY, *Geschichte des Roemischen Rechts* (Storia del diritto romano nel medio evo) vol. IV, cap. 38, pag. 358 segg.

10) Vedi WENCK, *Magister Vacarius*, Lipsiae 1820, pag. 275 n. 272.

11) *Observationes*, lib. II, c. 2.

12) *Notae ad Treutlerum* vol. II, disp. 13, Th. 6, lit. d., pag. 821.

13) *Controversiae iuris*, lib. V, cap. 58.

14) Πιθανόν seu *verisimilium*, lib. I, cap. 21 n. 11, nel *Thesaurus* di OTTONE, I, pag. 736.

15) *Comm. in tit. Pand. de diversis regulis iuris*. Ad L. 195 h. t. pag. 761.

16) *Selectae iuris quaestiones*, lib. II, cap. 23.

17) *De apicibus iuris civilis*, Lugduni 1661, lib. II, cap. 9, pag. 177 segg.

lium ascenderit, mihi legetur, an *si voluerit*, id est, quasi *condicio* ». Per ciò il CUIACIO vuol leggere *veluti condicionem* invece che *veluti condicio*. E nel modo stesso è da intendersi, secondo lui, l'altro testo di ULPIANO, « *legatum in aliena voluntate*, cioè *quasi condicione*, *poni posse* », non che la L. 46 § 2 Dig. *de fid. lib.* 40, 5, dove ciò anzi è detto espressamente. A conferma di questa opinione si aggiunge poi dall'OROZ¹⁸⁾ che nell'interpretazione delle condizioni importa sopra tutto guardare all'intenzione del testatore¹⁹⁾, e che questa possa dar forza di condizione anche a ciò che non è tale affatto, per esempio un *dies certus*: soltanto che il testatore deve manifestare chiaramente la propria intenzione. Il significato di questa condizione sarebbe dunque che Tizio dovesse dichiarare la sua volontà fin che vive. Qui dunque siamo di fronte ad un fatto che deve avverarsi; e se pertanto Tizio muore prima di avere dichiarato la sua volontà il legato si estingue, come in ogni altro caso di mancata condizione. Che questo però non possa essere il senso della legge appar chiaro già dalle parole: « *Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an *si voluerit* » Oltre di che un *legatum conditio-natim conceptum* è qualche cosa di ben diverso che *legatum, veluti condicionem, in alienam voluntatem conferre*, e ciò fu già in modo fondamentale messo in luce dallo SCHRAEDER²⁰⁾.

Il DONELLO²¹⁾ intende invece il passo di ULPIANO nel senso che le parole *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest significare*: *si ita adscriptus fuerit: si tertius aliquis fuerit arbitratu, si putaverit, si aestimaverit, si utile illi fuerit visum*. Un legato simile sarebbe valido, *quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed quasi viro bono commissum reliotum*. Con ciò concorderrebbe anche il motivo dato da ULPIANO per la sua opinione; e per ciò il DONELLO interpreta *quid enim interest*, per *quantum enim interest*, portando a prova di tal modo di dire un passo di TEBENZIO²²⁾.

18) Loc. cit. n. 9, pag. 149.

19) L. 19 pr. Dig. *de cond. et demonstr.* 35, 1; L. 12 Dig. *de legatis*, I, 30.

20) Diss. cit., pag. 63 segg.

21) *Commentarii iuris civilis*, lib. VIII, cap. 15 § 5-8, vol. IV, pag. 438 dell'edizione di Norimberga.

22) *Eunuchus*, atto II, scena 2.^a, v. 1-2.

« Dii immortales, homini homo quid praestat? Stulto intelligens, quid interest? ».

E OSVALDO HILLIGER²³⁾ che qui concorda pienamente col suo DONELLO, *qui hic (est eximius)*, com'egli si esprime, cerca anche di confermar la cosa con un testo di GIAVOLENO, lib. XIII *Epistolarum*²⁴⁾, per provare che l'uso di tale espressione non è straniero neppure ai giureconsulti romani, posto che anche in quel testo *quid enim interest* è usato nello stesso senso. Però il DE REYES²⁵⁾ ha già osservato che con questa interpretazione si fa violenza così al testo di GIAVOLENO, come alla nostra L. 1 Dig. *de leg.* II, 31.

Sulla buona via si trova Giovanni SCHILTER²⁶⁾ quando sostiene che ULPIANO non intende di negare la regola ammissa da tutti i giureconsulti, non potersi cioè rimettere un legato al mero arbitrio di un terzo, ma solo l'ha voluta nella L. 1 pr. Dig. *de leg.* II, 31 limitare nel senso che un legato possa validamente rimettersi all'arbitrio di un terzo quando si lasci sotto la condizione che il terzo compia un atto che è riposto nel suo arbitrio, per esempio: « *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit* ».

Lo SCHILTER però cade in errore di nuovo, quando intende le parole *quid enim interest*, ecc., nel senso che esse dicano che stia in arbitrio del terzo l'ascendere in Campidoglio: « *Quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur, an si voluerit ascendere?* »; non si avrebbe dunque in questo caso un legato rimesso al mero arbitrio del terzo, il quale solo è invalido. Da tutti gli altri testi sopra citati però appare in modo evidente che le parole *si voluerit* non possono riferirsi ad *ascendere*, bensì al mero arbitrio d'un terzo al quale sia lasciato a decidere se il legatario debba o no ricevere il legato. Nemmeno poi si può andar d'accordo

²³⁾ *Donellus Enucleatus*, lib. VIII, cap. 15 in nota lit. f., pag. 645, cap. 32 nota lit. p., pag. 741.

²⁴⁾ L. 55 Dig. *de cond. et dem.* 35, 1.

²⁵⁾ *Opusculorum*, lib. II, sez. II, cap. 8, n. 5, nel *Thesaurus* del MEERMANN, tomo VI, pag. 137. — Cfr. ALPHEN, *Dissertatio de Javoleno Prisco*, cap. II, § 3 in OELRICHT, *Thesaurus dissertationum iuridicarum Belgicarum*, vol. III, tomo I, pag. 27.

²⁶⁾ *Praxis iuris Romani*, Exercit. 39 § 28-32, pag. 523 e seg.

coll'altra idea dello SCHILTER di intendere gli altri testi di ULPIANO di un *arbitrium boni viri*, perchè ULPIANO stesso nega nella L. 43 § 2 D. *de leg. I*, 30 che un legato possa esser rimesso all'arbitrio di un terzo mentre altrove dichiara espressamente valido un legato che sia rimesso *arbitrio heredis tamquam boni viri* ²⁷⁾.

Ma più generale seguito fra i moderni ha trovato l'opinione di Giuseppe AVERANI ²⁸⁾. L'AVERANI non ammette dissenso fra ULPIANO e gli altri giureconsulti romani: essi erano, secondo lui, tutti d'accordo. ULPIANO però non si era espresso troppo chiaramente e MODESTINO suo scolaro, che ben dovea conoscere l'opinione del maestro, la spiegò più chiaramente. Pertanto quando ULPIANO dice: *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest*, con ciò vuol dire semplicemente che un legato può esser rimesso all'arbitrio di un terzo come può a questo rimettersi una condizione. Ma una condizione non può mai rimettersi espressamente alla volontà di un terzo, bensì solo tacitamente; e per ciò anche un legato può rimettersi all'arbitrio di un terzo, come ne insegna MODESTINO, tacitamente, ma non mai in modo espresso. È dunque ben diverso il rimettere il legato stesso ad arbitrio del terzo, dal rimettersi la condizione del legato: e queste due cose avrebbe appunto distinto ULPIANO nel nostro fr. Il legato è rimesso all'arbitrio d'un terzo quando esso stesso dipende dal beneplacito di quello, vi è rimessa invece la condizione quando un'azione umana da cui si fa dipendere il legato dipende a sua volta dal volere di un terzo, per esempio: *Lego tibi centum, si Caius in Capitolium ascenderit*. In quest'ultimo caso è la condizione rimessa all'arbitrio di Caio; al contrario quando si dice: *Lego tibi centum, si Caius voluerit* è il legato stesso rimesso all'arbitrio di Caio. Secondo l'AVERANI dunque, non è neppur possibile una condizione rimessa espressamente all'arbitrio di un terzo, ma può esserlo solo tacitamente; invece il legato può rimettersi espressamente o tacitamente. Espressamente, quando io dico: *Lego Titio centum si Caius voluerit*; tacitamente, quando dico: *nisi Caius noluerit*, cioè se Caio non ha nulla in contrario, se egli non contrad-

²⁷⁾ L. 75, pr. Dig. *de legatis*, I, 30, L. 11 § 7 Dig. *de leg.*, III, 32.

²⁸⁾ *Interpretationes iuris*, lib. II, c. 22, pag. 259 segg. Lugduni 1751.

dica, tosto che lo sappia²⁹⁾; oppure: *cum Caius voluerit*, quando Caio vorrà; imperocchè in quest'ultimo legato espressamente s'indica solo il tempo, e tacitamente la condizione sta nella volontà del terzo³⁰⁾. Nel primo caso solo, secondo l' AVERANI, il legato è nullo, negli altri due è valido. E questa è, sempre secondo il medesimo autore, l'opinione che ULPIANO esprime colle parole: *in alterius arbitrium conferri legatum, veluti condicio potest*, opinione espressa così troppo brevemente e in modo oscuro, ma dichiarata poi più lucidamente da MODESTINO. Le parole *quid enim interest*, ecc., non devono dunque intendersi nel senso che non vi sia differenza tra il legato *si in Capitolium ascenderit* e quello *si voluerit*; imperocchè fra i due casi corre invece differenza grande sia nel riguardo delle obbligazioni³¹⁾, sia in quello del diritto successorio³²⁾, nè ULPIANO certo lo ignorava. Le parole *quid enim interest* hanno dunque un significato diverso. ULPIANO le aggiunse per spiegare ciò che prima avea detto forse in modo troppo oscuro. Può nascere dubbio che cosa sia una condizione rimessa all'arbitrio di un terzo, tale che la si debba distinguere dal legato rimesso all'arbitrio di un terzo: e per ciò ULPIANO ha aggiunto in fine del passo un esempio di una condizione siffatta, la condizione *si Titius in Capitolium ascenderit*, che è l'esempio portato anche da MODESTINO. Per mostrare poi che questa condizione è rimessa veramente all'arbitrio di Tizio egli soggiunge che non c'è differenza se il legato sia lasciato *si Titius in Capitolium ascenderit*, oppure invece *si voluerit*; volendo così significare non esservi alcuna differenza fra le due formule, l'una e l'altra richiamandosi in defi-

²⁹⁾ In questo modo un legato potrebbe indirettamente essere lasciato all'arbitrio dell'erede *quasi conditionale legatum* come insegna ULPIANO L. 11 § 5 Dig. *de legatis* III, 32, sebbene il legato possa piuttosto lasciarsi ad arbitrio di un terzo che ad arbitrio dell'erede non potendo un debito esser riposto nell'arbitrio del debitore. Questo, secondo l' AVERANI, ha voluto dire ULPIANO nella L. 43 § 2 Dig. *De legatis*, I, 30, colle parole: « Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. » L. 3 § 1 Dig. *de rebus dubiis* 34, 5, L. 8 Dig. *de obl. et act.*, 44, 7, L. 17, 108 § 1 Dig. *de verb. obl.* 45, 1.

³⁰⁾ L. 22 pr. *quando dies leg.* 36, 2.

³¹⁾ L. 8 Dig. *de obl. et act.*, 44, 7, L. 46 § 3, Dig. *de verb. obl.*, 45, 1 L. 27 § 1, L. 99 § 1, L. 11 § 1 Dig. *eod.*

³²⁾ L. 68 Dig. *de her. inst.* 28, 5.

nitiva alla volontà di Tizio. « Nihil interest, dice l' AVERANI, quoad comprehendendam voluntatem Titii et efficiendum ut utraque condicio contineat Titii voluntatem ». Riguardo alla validità del legato invece vi è una gran differenza tra i due casi, e il legato coll'aggiunta *si Titius voluerit* è nullo perchè l'arbitrio del terzo vi è posto come condizione espressa, mentre nell'altro caso lo è solo come condizione tacita. Questa differenza fu riconosciuta anche da ULPIANO stesso, come si rileva dalla L. 46 Dig. *de fid. lib.* 40, 5, nella quale egli espone il principio che per favore della libertà una *libertas fideicommissaria* debba valere in via di eccezione anche se rimessa nel mero arbitrio dell'erede. Segue poi col proporsi la questione se possa una *libertas fideicommissaria* rimettersi anche all'arbitrio di un terzo e qui si esprime in modo dubbioso: *mihi videtur posse dici valere libertatem*. Perchè questo dubbio nella decisione? Perchè non bastava qui la ragione del *favor libertatis*? Perchè occorreva trovarne anche un'altra, *quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit*? Quando si consideri tutto ciò se ne può a buon diritto concludere che ULPIANO avrebbe deciso diversamente, qualora si fosse trattato di un altro legato; imperocchè come avrebbe, altrimenti, esitato per un legato di libertà?

Così l' AVERANI. E certamente non si potrà disconoscere l'acume con cui egli ha difeso questa spiegazione, la quale per ciò è stata accettata anche da Gregorio MAJANSIO ³³⁾, Giovanni de NISPEN ³⁴⁾, ed Ernesto Cristiano WESTPHAL ³⁵⁾. Certamente è un'idea giusta quella dell' AVERANI che la L. 1 Dig. *de legatis*, II, 31 e la L. 43 § 2 D. *de leg.* I, 30, si debbano interpretare sulla base della L. 52 Dig. *de cond. et dem.* 35, 1 di MODESTINO: questo fu già osservato anche dal WENCK ³⁶⁾ nella sua nota alla glossa del *magister Vacarius* ad L. 1 cit.; e bastava che l' AVERANI seguisse direttamente questa idea

³³⁾ *Dissert. de voluntate necessaria in ultimis dispositionibus*, § 15, 16 nelle *Disputationes iuris civilis*, tomo I, pag. 445 e segg.

³⁴⁾ *Diss. cit., ad fragmenta ex Herennii Modestini IX libris differentiarum*, cap. 8 in OELRICH, *Thesaurus*, vol. I, tomo I, pag. 81.

³⁵⁾ *Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* (Esposizione del diritto dei legati e fedecommissi), parte I, § 331, pag. 237 segg.

³⁶⁾ *Magister Vacarius*, pag. 275, n. 272 in fine.

perchè ogni contraddizione sparisse. Ma il debole dello svolgimento di essa consiste appunto in ciò, che esso conduce logicamente alla conclusione che qui vi sia contraddizione fra ULPIANO e gli altri giureconsulti. Quello che si possa obiettare giustamente all'opinione dell'AVEBANI fu già dimostrato dello SCHAEFER³⁷⁾. Questi per ciò crede vano ogni tentativo di conciliazione. Piuttosto egli ritiene superfluo risolvere la questione di fronte alla legislazione romana giustinianea, perchè il diritto romano, egli pensa, fu in questo punto mutato dal *Corpus iuris canonici*. In ogni caso però l'opinione di ULPIANO dovrebbe esser posposta a quella degli altri giureconsulti, perchè fra questi ultimi sta anche MODESTINO, il più moderno di tutti. Anche altri scrittori antichi ritennero già inconciliabile la contraddizione fra i passi fin qui esaminati delle Pandette: vedansi Francesco HOTOMANO³⁸⁾, Francesco SARMIENTO³⁹⁾, Emanuele A. COSTA⁴⁰⁾, Antonio MEBENDA⁴¹⁾ e Cristiano THOMASIO⁴²⁾, e fra i moderni il THIBAUT⁴³⁾, il quale però ha poi cambiato opinione⁴⁴⁾.

I moderni in generale non ammettono la contraddizione. Il NEUSTETEL⁴⁵⁾ ha per primo ripreso a trattare la questione, ma ha cercato di risolverla in modo che, lungi dallo sciogliere il nodo, sembra averlo di più ingarbugliato. Già a priori, secondo lui, non si può facilmente ammettere che ULPIANO, che si potrebbe chiamare lo spirito più pratico fra tutti i giureconsulti romani, abbia qui avuto un'opinione singolare. Ma il suo pieno accordo coll'opinione comune appare dalla L. 46 § 2 Dig. *de fid. lib.* 40, 5, dove il principio che è proibito rimettere un fedecommesso *in alterius arbitrium* è da lui

³⁷⁾ *Dissertazione* cit. § 8, pag. 65 segg.

³⁸⁾ *Responsa amabilia*, lib. I, c. 5.

³⁹⁾ *Selectae interpretationes*, lib. I, cap. 6, n. 29, lib. VIII, cap. 2.

⁴⁰⁾ *Selectae interpretationes*, lib. I, cap. 21.

⁴¹⁾ *Controversiae iuris*, tomo II, lib. 11, cap. 38, pag. 58 segg. Bruxelles 1745.

⁴²⁾ *Dissertatio de captatoris institutionibus*, § 6, Halae 1696.

⁴³⁾ *Pandette*, II § 800 (IV ediz. Jena 1814).

⁴⁴⁾ Vedi l'ultima edizione Jena 1828 § 800.

⁴⁵⁾ *Ueber die in den Willen eines dritten gestellten Legate* (Sui legati rimessi all'arbitrio di un terzo) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile) vol. III, n. 7, pag. 94-100.

espresso elegantemente con questa formula, che allora la volontà del terzo dovrebbe considerarsi qualche cosa più che un'azione (« quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit »). Conseguentemente il NEUSTETEL crede che il principio della L. 1 non si possa spiegare se non avuto riguardo al § 1 ch'esso precede. ULPIANO voleva dire che un legato lasciato a un pupillo *arbitrio tutorum* non è nè condizionale nè a termine, perchè quando si parla di *arbitrium* in un testamento si deve intendere *arbitrium boni viri*, il quale può stabilire la misura con riguardo all'entità della massa ereditaria. Per metter in maggior luce questo principio, ch'era il solo importante pel caso, ULPIANO credè bene di premettere come motivo di dubbio l'altro principio che un *legatum in arbitrium alterius collatum* è un legato condizionale. Nè qui si parla mai di legati nulli, come per esempio sarebbe, secondo la L. 52 Dig. *de cond. et dem.* 35, 1, il legato: *Maevio si Titius voluerit, do lego*. Gli esempi scelti da ULPIANO invece: *si Titius in Capitolium ascenderit, e si voluerit*, che sono frammenti di una formula consueta, si riferivano ad un legato valido. L'intendere, come comunemente s'intende, la formula *si voluerit* come se dicesse *si Titius voluerit* deriva infatti da ignoranza della lingua usuale dei frammenti delle nostre Pandette. Quelle parole si riferiscono invece al legatario dal cui arbitrio si può far dipendere l'acquisto del legato con questo effetto che il legato altrimenti acquisito *ipso iure* si trasformi in un legato condizionale⁴⁶). Pertanto questo sarebbe l'ordine delle idee di ULPIANO. Il legato si può rimettere così all'arbitrio di un terzo, coll'effetto di una condizione, come all'arbitrio del legatario stesso. Ambedue questi legati si equivalgono per ciò che riguarda l'effetto sospensivo della condizione. E per ciò non vi è differenza tra il legato « *Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit do lego* », e l'altro « *Maevio, si voluerit, do lego* ». Ambedue i legati sono condizionali; ma non è condizionale il legato *arbitrio tutorum*. Questo modo di ragionare è poi naturalissimo, dice il NEUSTETEL, quando si pensi che, per essere i tutori i rappresentanti del pupillo, avrebbe potuto nascer dubbio se il legato *arbitrio tutorum* dovesse considerarsi un legato rimesso all'arbitrio del terzo, o piuttosto del legatario.

⁴⁶ L. 65 § 1 Dig. *de legatis*, I, 30, L. 69 Dig. *de cond. et dem.* 35, 1.

Da un esame attento di questa interpretazione (anche astraendo dalla circostanza che essa non è nuova, poichè già il grande Antonio AUGUSTINO⁴⁷⁾ interpretava il *si voluerit* della L. 1 rifendolo al legatario) mi pare che difficilmente possa concludersi che la controversia ne venga decisa. In primo luogo infatti tutto l'insieme della L. 1 osta a ritenere che il principio esposto nel frammento lo sia solo come motivo di dubitare della decisione contenuta nel successivo § 1, appare anzi piuttosto che come conseguenza di quel principio il legato del § 1 si ritiene non condizionale. In secondo luogo poi ci vuole della buona fede per credere che *si voluerit* possa riferirsi al legatario. E questo piuttosto indica ignoranza del linguaggio delle nostre Pandette, le quali colle espressioni *in arbitrium alterius*, *in alienam voluntatem*, *in alienum arbitrium* si riferiscono sempre a un terzo diverso dall'erede e dal legatario; e ciò dimostrarono già da lungo Giovanni ROBERT⁴⁸⁾, Ugo DONELLO⁴⁹⁾, Enrico COCCERO⁵⁰⁾ e Carlo Federico WALCH⁵¹⁾.

Molto più naturale è l'interpretazione di Carlo Cristoforo HOPACKER⁵²⁾, G. HUFELAND⁵³⁾ e Adolfo D. WEBER⁵⁴⁾, che fu pure l'opinione di Guido PANCIOLOI⁵⁵⁾ e Giovanni VOET⁵⁶⁾. Essa intende le parole di ULPIANO in L. 1 pr. cit. così, che un legato può essere rimesso all'arbitrio d'un terzo, quando non dipende dal mero volere di questo, ma da un atto volontario del terzo come condizione, sebbene questa condizione in sostanza dipenda dal volere del terzo, e quindi in questo senso non vi sia differenza fra il dire *si Titius in Capitolium ascenderit* e il dire *si Titius voluerit*. ULPIANO però non

47) *Emendationes*, lib. IV c. 15 in fine, nel *Thesaurus iuris romani* di OTTONE, IV, pag. 1550.

48) *Sententiarum*, lib. II, cap. 11.

49) *Comm. iuris civilis*, lib. VIII, c. 15 § 2, 8.

50) *Diss. II de arbitrio boni viri* (*Exercitationes curiosae*, tomo I, pag. 237).

51) *Dissertatio de legato heredis in arbitrium collato*, Jenae 1761, § IX, pag. 37.

52) *Principia iuris civilis Romani Germanici*, II, § 1590 e nota d.

53) *Lehrbuch des gem. oder subs. Civilrechts* (Trattato del diritto civile comune o sussidiario) vol. II § 1088 e nota a.

54) *Erläuterungen der Pandekten* (Interpretazioni delle Pandette) II § 1406.

55) *Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris*, lib. III, cap. 5.

56) *Comm. ad Pandectas de legatis*, § 36.

dice che gli effetti giuridici di queste due disposizioni siano gli stessi.

Anche il THIBAUT ⁵⁷⁾ e il GANS ⁵⁸⁾ pensano che non vi sia stato dissenso fra i giureconsulti. Secondo il primo ULPiano avrebbe voluto dire semplicemente nella L. 1 che il principio da lui insegnato non era in accordo colla teoria delle condizioni; l'altro invece fa colpa ad ULPiano di avere falsamente contrastato il principio ammesso generalmente e di non averne compreso il vero significato.

Quanto a me, io sono persuaso che MODESTINO non abbia deviato affatto dall'opinione del suo maestro e che per ciò non possa ammettersi un dissenso fra lui ed ULPiano. Infatti, anche senza osservare che secondo l'affermazione di GIUSTINIANO nella sua costituzione proemio *de confirmatione Digestorum*, § 15, « *contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit* », non si devono in generale ammettere senza forte motivo contradizioni nelle Pandette, finchè è possibile coll'interpretazione conciliarle (« *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet* »), ad ogni modo appare da tutti i frammenti di MODESTINO che egli mai si allontanò dall'opinione del suo maestro, ma sempre si richiamò all'autorità di lui col massimo rispetto ⁵⁹⁾, e anzi persino dove ULPiano discorda da giureconsulti sommi, come un GIULIANO o un PAPINIANO, MODESTINO aderisce all'opinione del suo maestro ⁶⁰⁾. Ora questo MODESTINO avrebbe dovuto allontanarsi dall'opinione del suo maestro appunto nella questione se un legato possa esser rimesso all'arbitrio di un terzo? E c'è nella L. 52 Dig. *de cond.* 35, 1 una sola parola da cui questo si possa argomentare anche lontanamente? No, certo. MODESTINO vuol qui mostrare come la regola *expressa nocent, non expressa non nocent*, che era stata applicata già nel diritto delle ob-

⁵⁷⁾ *Pandette* II, § 800.

⁵⁸⁾ *Roemisches Erbrecht* (Diritto ereditario romano) vol. II, pag. 160.

⁵⁹⁾ Vedi la nota 6.

⁶⁰⁾ Confr. L. 55 Dig. *de cond.*, 35, 1 e L. 3 § 9 Dig. *de adimendis vel transf. legatis* 34, 4 e specialmente BRENNMANN, *de eurenaticis diatriba seu in Herennii Modestini librum singularem περί εὐρηματικῶν commentatio*, cap. X § 2, n. 5-9, pag. 207.

bligazioni ⁶¹⁾ e più precisamente agli *actus legitimi* ⁶²⁾, come per esempio l'accettillazione, abbia una importante applicazione anche alle disposizioni di ultima volontà. Ond'è che essa è stata accolta nel titolo delle Pandette *de diversis regulis iuris* come una regola generale ⁶³⁾. Quando però MODESTINO dice: « Nonnunquam contingit ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intellegi potuis- sent, nec essent obfutura », con questa parola *nonnunquam* fa certamente allusione all'altra regola ben nota: « expressi tacitique eadem vis et potestas est ». I casi di quella prima regola di MODESTINO devono dunque, come osservò pure G. GOTOFREDO ⁶⁴⁾, considerarsi come eccezione a quest'altra regola generale. La regola generale vale dunque solo per quei casi nei quali ciò che non è espresso con parole appare dalla natura stessa del negozio e si considera per ciò come effettivamente espresso ⁶⁵⁾. La regola particolare di MODESTINO invece vale per quei casi in cui le leggi considerano invalida qualche determinazione quando sia espressa con parole, ma valida invece quando sia tacitamente insita in un atto posto come condizione ⁶⁶⁾. Esempi siffatti porta MODESTINO prendendoli dal campo dei legati: e dice: « Quod evenit si alicui ita legatur: Titio rem do lego si Maevius Capitolium ascenderit ». Questo legato è valido, sebbene dipenda dall'arbitrio di Mevio salire o no in Campidoglio e con ciò dare o no valore al legato. Che se invece il legato fosse rimesso direttamente e immediatamente nell'arbitrio di Mevio colle parole: « si Maevius voluerit, Titio decem do », il legato sarebbe nullo,

⁶¹⁾ L. 27 § 3 Dig. *de pactis*, 2, 14, L. 6 Dig. *de pactis dotatibus*, 23, 4, L. 138 § 1 Dig. *de verb. obl.* 45, 1. — Vedi Pietro FABRO, *Comm. ad L. 22 Dig. de reg. iuris*, 50, 17. Confr. la nota 31.

⁶²⁾ L. 77 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17 L. 43 pr. Dig. *de iure dotium*, 23, 3. — Vedi CUIACIO, *Praelectiones in tit. Dig. de diversis reg. iuris ad L. 77 cit.*

⁶³⁾ L. 195 Dig. *de div. reg. iuris*, 50, 17: « Expressa nocent, non expressa non nocent ».

⁶⁴⁾ *Comment. ad leg. 195 D. de div. reg. iuris*. Vedi pure POTHIER, *Pand. Inst.* Tomo III Tit. *de div. reg. iur.* N. XLVI nota b, pag. 704.

⁶⁵⁾ L. 3 Dig. *de rebus creditis*, 12, 1. — Vedi BARELAUUS, *ad tit. Pand. de rebus creditis*, *ad L. 3 cit.* nel *Thesaurus* di OTTONE, III, 819.

⁶⁶⁾ Vedi DONELLO, lib. III, cap. 15 § 4. — SANDE, *Comm. in tit. Dig. de reg. iuris ad L. 77 h. t.*, pag. 98 edit. B. SCHOTANI.

sebbene come in questo caso anche nel precedente il legato dipenda dall'arbitrio di un terzo. Da ciò il ditlerio « *expressa nocent, non expressa non nocent* », o, come dice VENULEIO, libro IV *Stipulationum* ⁶⁷⁾, « *diversa casu est voluntatis expressae et eius quae inest* ». Questo e null'altro ha voluto dire anche ULPIANO nella L. 1 che il suo scolaro MODESTINO ci ha qui dilucidato. Imperocchè quando ULPIANO dice: « *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio potest* », altro non vuol significare se non che un legato può essere rimesso all'arbitrio di un terzo quando si lasci sotto una condizione consistente in un atto esteriore rimesso all'arbitrio del terzo; e questo è il caso quando mi è legata qualche cosa sotto la condizione *si Titius in Capitolium ascenderit*. Con questo esempio ULPIANO voleva dunque più chiaramente spiegare le parole *veluti condicio*. Ma se con una condizione simile il legato si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo, non dovrebbero esser trattati ugualmente al legato *si Titius in Capitolium ascenderit* e il legato *si Titius voluerit*? Non si deve però dimenticare ciò che aggiunge qui MODESTINO a complemento della dottrina del suo maestro e che ULPIANO, o piuttosto i compilatori delle Pandette avean tralasciato ⁶⁸⁾, e cioè che molto importi, per la validità, distinguere se il legato fu rimesso puramente e semplicemente all'arbitrio d'un terzo, oppure se un'azione volontaria del terzo ne costituisce la condizione. Non diversa opinione vuole esprimere ULPIANO e ne fan prova evidente le parole *veluti condicio* che altrimenti non avrebbero senso alcuno: e lo stesso esempio che segue, *si Titius in Capitolium ascenderit*, prova che colla parola *condicio* il giureconsulto vuole indicare un'azione volontaria del terzo. Poichè dunque ULPIANO non s'è spiegato con precisione sulla differenza dei casi nel riguardo della validità, ma poichè d'altra parte non possono ammettersi contraddizioni nelle Pandette, l'interprete è autorizzato a servirsi del parallelismo dei due passi e a interpretare quello oscuro mediante l'altro più chiaro ⁶⁹⁾; non essendo certamente necessario

⁶⁷⁾ L. 138 § 1 Dig. *de verb. obl.* 45, 1.

⁶⁸⁾ Il GANS, *Scholien zum Gaius* (Scolii a Gaio) pag. 345, va evidentemente troppo in là quando dice che nei tre libri *de legatis* delle Pandette non c'è neppure un testo genuino.

⁶⁹⁾ Vedi Ludovico CONRADT, *Observationes iuris civilis*, vol. I, Marburg 1782 § XIV. — ECKHARD, *Hermeneutica iuris*, lib. I § XV.

che i passi paralleli siano del medesimo autore, ma potendo anche derivare da scrittori diversi massime quando, come nel caso, sono fra loro nel rapporto di scolaro a maestro ⁷⁰).

Colla nostra interpretazione si spiega ragionevolmente come ULPIANO dica al § 1 che un legato lasciato *arbitrio tutorum* non è un legato condizionale. La condizione infatti sospende la delazione del legato fino al suo adempersi: « haec condicio, dice GIULIANO nel libro I *ad Urseium Ferozem* ⁷¹), si in Capitolium ascenderit, nec recipienda est, si cum primum potuerit Capitolium ascendere »; occorre dunque che a quello, dall'azione del quale dipende la condizione, piaccia di compiere quell'azione. Ora questo non è certamente il caso del legato *arbitrio tutorum*, di cui parla il § 1, imperocchè il legato non dipende dal compimento di un'azione esteriore nell'*arbitrio* dei tutori, bensì da un giudizio di buon padre di famiglia sulla misura di essa, il che non ha alcun effetto sospensivo. Coll'aggiunta *arbitrio tutorum* non vien rimessa ai tutori la decisione circa l'esistenza della prestazione, bensì semplicemente quella sulla quantità del legato lasciato ai loro pupilli: e ciò appare dalle parole stesse della legge:

« Sed cum ita legatum sit pupillo, sive pupillae, *arbitrio tutorum*, neque condicio inest legato, neque mora, cum placuit in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimoni? ».

Così si spiegano senza difficoltà anche gli altri testi di ULPIANO. Quando, per esempio, ULPIANO dice, nella L. 43 § 2 Dig. *de legatis* I, 30: « *Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest* », le parole *aliena voluntas* debbono intendersi, come fu dimostrato in modo esauriente dal DONELLO ⁷²), non già, come vuole la Glossa, per *voluntas legatarii*, bensì per *voluntas extranei*. Questo appare in modo chiarissimo anche dalla L. 52 Dig. *de condicionibus* 35, 1. Niun dubbio però che la L. 43 § 2 così generalmente concepita com'è non

⁷⁰) Vedi la mia *Einleitung in das Studium*, ecc. (Introduzione allo studio del diritto privato romano), pag. 69.

⁷¹) L. 29 Dig. *de cond. et demonstr.*, 35, 1.

⁷²) *Comm. iuris civilis*, lib. VIII, cap. 15 § 2.

può, senza mettere ULPIANO in contraddizione con sè stesso, intendersi in modo generale. Essa non può intendersi che col limite che ULPIANO stesso vi pone nella L. 1 pr. D. *de leg.* II, 31, cioè « *legatum in aliena voluntate veluti condicio poni potest* »; e così l'intendono appunto Francesco CONNANO ⁷³⁾, R. BACHOVIO ⁷⁴⁾, Antonio SCHULTING ⁷⁵⁾. Per conseguenza la L. 43 § 2 può essere intesa solo in conformità della L. 1 pr. nel senso che un legato possa esser rimesso all'arbitrio di un terzo quando non si dica semplicemente *si Titius voluerit*, ma sia lasciato sotto una condizione consistente in un'azione che un terzo possa compiere a suo arbitrio. « *Omnis enim scriptor, dice giustamente l'ECKHARD* ⁷⁶⁾, *sibi constare velle existimandus est, ne ea protulisse videatur, quae inter se non cohaerent et placitis suis repugnant. Quidquid igitur a placitis auctoris alio in loco propositis alienum est illud menti eius non convenire videtur, nec temere adeo in interpretatione est admittendum* ».

Ma come si concilia ciò coll'altra affermazione di ULPIANO nello stesso frammento: *in heredis, scil. voluntate, non potest*? Un atto volontario dell'eredità non potrebbe ugualmente porsi come condizione del legato, in modo che l'esistenza di questo dipenda dal compimento di quello? Il WALCH ⁷⁷⁾ crede di sì, argomentando da un testo di PAOLO, libro IV *ad Plantium* ⁷⁸⁾:

« *Si ita legetur: heres dare damnas esto, si Capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere* ».

Ma che n'è allora della distinzione di ULPIANO fra *aliena voluntas* e *voluntas heredis*? Il grande DONELLO ⁷⁹⁾ ha sciolto l'enigma. Ecco come egli si esprime:

⁷³⁾ *Comm. iuris civilis*, lib. X, cap. 6, Lutetiae Parisiorum 1553, pag. 759.

⁷⁴⁾ *Notae ad Treutlerum*, vol. II, disp. XIII th. 6 lett. d., pag. 821.

⁷⁵⁾ *Notae ad Digesta seu Pandectas*, tomo V ad L. 43 cit. pag. 207, Editio SMALLENBURG, Lugduni Batavorum 1825.

⁷⁶⁾ *Hermeneutica iuris*, lib. § XIV, pag. 9 ediz. WALCH.

⁷⁷⁾ *Dissertatio de legato heredis in arbitrium collato*, § 11.

⁷⁸⁾ L. 3 Dig. *de leg.* II, 31.

⁷⁹⁾ *Comm. iuris civilis*, lib. VIII, c. 15 § 9.

« Res sie se habet. In voluntatem alienam *verbis expressa condicione* legatum conferri non potest, sed si verbis tegitur eadem condicio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum videbitur, veluti si testator ita leget: *Titio decem do, si Maevius Capitolium ascenderit* ⁸⁰). At neutro modo legatum in voluntatem heredis utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget: *si heres voluerit*, sive ita: *Titio decem lego si heres Capitolium ascenderit*, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac condicione *si debitor velit* nulla fit obligatio, ubi nulla ei iniicitur necessitas rei prestandae: quod est proprium obligationis ⁸¹). Posteriore, quia legatum hac condicione, *si heres Capitolium ascenderit* poenae causa datum intelligitur. Quod genus legati olim et temporibus ULPIANI non valuit ⁸²). Nunc quidem post constitutionem Justiniani ⁸³) valet, sed ita ut si in factum heredis constituta sit poena, legatum alia ratione constitutatur inutile, quoniam heres cavebit diligenter ne faciat id quod est in condicione et unde pendet legatum ».

Che questa sia effettivamente l'opinione di ULPIANO appare poi anche dal fatto che questo giureconsulto dichiara in più luoghi

⁸⁰) L. 52 Dig. de cond. et dem., 35, 1.

⁸¹) L. 8 Dig. de oblig. et act., 44, 7.

⁸²) § 36 l. de legatis, 2, 20. E ora si può citare anche GAIO II, 235. Poichè un *legatum poenae nomine relictum* non è altro in sostanza, come osserva il GAIUS, *Scholien* (Scolii a Gaio) Sc. 6, pag. 342, che un legato dipendente da un atto dell'erede, poteva benissimo TEOFILO nella sua *Parafrasi* ad § cit. *Inst.* riporre il motivo della nullità di tali legati prima di GIUSTINIANO in ciò, *ὅτι μετὰ ὁ νόμος τὸ ληγᾶτον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου* (quia lex vetat legatum in arbitrium heredis positum, vers. REITZ). TEOFILO è stato censurato da parecchi per ciò, per esempio da WISSENBACH, *Emblemata Triboniani*, cap. V, pag. 97 (ediz. EINECCIO, WÄCHTER, *Opuscula*, pag. 757 in fine, GOESCHEN, *Observationes iuris romani*, pag. 51 nota c. Non si può neppure negare che il motivo dato da THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile*, ecc. (Saggi su alcune parti della teoria del diritto) Diss. 5, nota 17, e *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni civili) n. IV, pag. 54 sia molto più esatto. Vedi pure F. Adolfo SCHILLING, *Bemerkungen über Roemische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano) pag. 204, nota 563. Tuttavia il *legatum poenae* serve a riprova della verità che ai tempi di ULPIANO non si potea lasciare validamente un legato pel caso che l'erede facesse qualche cosa.

⁸³) L. 1 Cod. de his quae poenae nom. 6, 41.

espressamente non valere il legato lasciato ad arbitrio dell'erede se non in quanto sia rilasciato ad un *arbitrium boni viri*. Ciò è detto nei frammenti seguenti, i quali valgono così a spiegare la L. 43 § 2.

L. 75 pr. Dig. *de leg.* I, 30: « ULPIANUS, libro V *Disputationum*. Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum, si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum putaverit, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum ».

L. 11 § 7 Dig. *de legatis* III, 32: « ULPIANUS, libro II *fideicommissorum*. Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur, si volueris, tamen si ita ascriptus fuerit: si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum ».

L. 46 § 3 Dig. *de fid. lib.* 40, 5: « ULPIANUS, libro VI *Disputationum*. Quod si ita scriptum sit: si heres voluerit, non valebit, sed ita demum si totum in voluntatem fecit heredis, si ei libuerit. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus quin libertas debeatur. Nam et eam libertatem deberi placuit: si tibi videbitur, peto manumittas, ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Nam et ita relictum: si voluntatem meam probaveris, puto deberi; quemadmodum: si te meruerit quasi virum bonum, vel si comprobaveris, vel si non reprobaveris, vel si dignum putaveris ».

In nessun luogo ULPIANO dice che anche un atto volontario dell'erede possa esser posto come condizione di un legato. A dir vero egli dichiara valido un legato lasciato *nisi heres meus noluerit*⁸⁴), dicendo ch'esso è *quasi condizionale*⁸⁵). Ma con tali parole appunto ULPIANO fa conoscere che questo non è un legato condizionale vero e proprio: non dipendendo qui infatti dalla condizione l'esistenza del legato, la quale è incondizionata, ma piuttosto la adenzione di esso, la quale in sostanza è fatta sotto la condizione che l'erede non voglia

⁸⁴) L. 11 § 5 Dig. *de legatis*, III, 32.

⁸⁵) PAOLO dice in L. 6 pr. Dig. *quando dies leg.*, 36, 2: « Quod pure datum est, si sub condicione adimatur, quasi sub condicione legatum habetur ».

prestare il legato. Pertanto se questi muoia senza aver manifestato tale volontà, il legato non può più esser tolto al legatario, al modo stesso che l'erede non può neppure pentirsi una volta che abbia dichiarato di voler pagare il legato ⁸⁶⁾. PAOLO ⁸⁷⁾ però dice anche di più, dice che è valido anche il legato: « *heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit* », sebbene sia nell'arbitrio dell'erede salire o no in Campidoglio. La Glossa a questa legge dice che è dubbio se le parole « *si in Capitolium non ascenderit* » si riferiscano all'erede, al legatario o ad un terzo. Se esse si riferiscano al legatario, il che è il più sicuro, ha luogo in tal caso la *cautio Muciana* nè la legge è affatto in contraddizione colla L. 43. Anche Gregorio MAIANISIO ⁸⁸⁾ è d'opinione che quella condizione si riferisca al legatario, non già all'erede. Altri invece, per esempio, Francesco CONNANO ⁸⁹⁾ e Arnoldo VINNIO ⁹⁰⁾, riferiscono la condizione all'erede e credono di trovare appunto in ciò una prova per la loro tesi, che quando questa condizione sia invece formulata affermativamente il legato deve esser ritenuto nullo come se fosse risposto nel mero arbitrio dell'erede. Altri ⁹¹⁾ infine ritengono che non vi sia differenza fra il caso di condizione affermativa e quello di condizione negativa. Staudò al significato delle parole la condizione *si in Capitolium non ascenderit* dovrebbe riferirsi all'erede e non al legatario: anzi a me sembra che questo sia fuor di dubbio perchè nel testo non si parla di altri che dell'erede. Nè può avere influenza la circostanza che PAOLO abbia scelto un esempio di legato *per damnationem*, posto che GAIO ⁹²⁾ dice: *optimum ius est per damnationem legatum*: imperocchè secondo il Senatusconsulto Neroniano qualunque legato doveva appunto valere

⁸⁶⁾ Vedi DE-RETES, *Opuscula*, cap. IV, ad L. 41 § 13 *de leg.* III, n. 3 e 4 nel *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 308 segg. — WALCH, *Diss. cit.* § 11, pag. 44.

⁸⁷⁾ L. 3 *Dig. de leg.* II, 31.

⁸⁸⁾ *Dissertatio de voluntate necessaria in ultimis dispositionibus*, § 7, in *Disputationes iuris civilis*, tomo I, pag. 442.

⁸⁹⁾ *Comm. iuris civilis*, lib. X, cap. 6, pag. 759.

⁹⁰⁾ *Selectae iuris quaestiones*, lib. II, cap. 25, pag. 218, Franequerae 1690.

⁹¹⁾ ROBERTUS, *Libri sententiarum receptarum*, cap. 10. — WALCH, *Dissertatio de legato heredis in arbitrium collato*, § 11, pag. 47.

⁹²⁾ II, 197.

come sarebbe valso se fatto *per damnationem* ⁹³⁾. La ragione della validità del legato *si in Capitolium heres non ascenderit* è piuttosto, come osservarono già il VINNIO ⁹⁴⁾ ed il WALOH ⁹⁵⁾, quella stessa per cui fu ritenuto valido il legato *nisi heres noluerit*.

Infine quando ULPIANO nella L. 46 § 2 Dig. *de fideicomm. lib.* 40, 5 dice espressamente: « Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici valere libertatem », la ragione di questa decisione sta nella special natura della *libertas fideicommissaria*. Che si parli qui di *libertas fideicommissaria* appar chiaro non solo dal principio della L. cit. dove ULPIANO dice: « Fideicommissa libertas ita potest dari: *heres si volueris fidei tuae committo ut Stichum manumittas* », ma anche dalle parole stesse « *Stichum liberum esse volo* ». La parola *volo* infatti è, alla pari delle parole *rogo*, *mando*, *fideicommitto*, annoverata fra i *verba precaria* pei quali si distinguono i fedecommissi dai legati ⁹⁶⁾. Ora, sebbene GIUSTINIANO abbia abolito la distinzione fra legati e fedecommissi, questa è rimasta in vigore per ciò che riguarda la libertà data per atto di ultima volontà. La libertà data per fedecommissato era, sotto parecchi riguardi, più favorita che la libertà data per legato *verbis directis* ⁹⁷⁾. In quest'ultimo caso neppure il *favor libertatis* potea valere a confermare un legato di libertà *si heres voluerit*; questo era, secondo dice ULPIANO al § 3 della stessa legge, nullo. Ond'è che LICINIO RUFINO dice nel libro VII *Regularum* ⁹⁸⁾:

« Libertates etiam per fideicommissum dari possunt, et quidem largius quam directo ». E come nella *libertas per fideicommissum relicta* l'aggiunta *si heres voluerit* non rendeva nullo il fecommissato, *quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nudo heredis*, ma s'in-

⁹³⁾ ULPIANO, XXIV, 11. — GANS, *Scholien* (Scolii a Gaio) Sc. 6, pag. 338.

⁹⁴⁾ *Selectae iuris quaestiones*, lib. II, c. 25, pag. 218.

⁹⁵⁾ *Diss. cit.* § 11, pag. 46.

⁹⁶⁾ Vedi § 3 I. *de singulis rebus per fid. relictis*, 2, 24, L. 2 pr. Cod. *Comm. de legatis et fideic.*, 6, 43.

⁹⁷⁾ Vedi § 2 I. *de sing. rebus per fid. rel.* 2, 24, L. 29 Dig. *de bonis lib.* 38, 2 L. 6 Cod. *de fideicomm. lib.* 7, 4. — A COSTA, *Select.*, lib. I, cap. 22. — LOEN, *Eleutheria, seu de manumissione servorum apud Romanos*, lib. I, c. 4 § 8.

⁹⁸⁾ L. 16 Dig. *de fideicomm. libertatibus*, 40, 5.

interpretava come se dicesse *si heredi videbitur*⁹⁹), così pure l'aggiunta *si Seius voluerit* non si considerava nella libertà fedecommissaria, alla pari di qualunque altro legato, come il rimettere la disposizione all'arbitrio d'un terzo, bensì come una condizione simile a quella *si Titius Capitolium ascenderit*¹⁰⁰). La libertà fedecommissaria costituiva dunque in questo riguardo, come in altri, un'eccezione alla regola e poichè essa poteva, contro la regola espressa da ULPIANO stesso, esser riposta nel mero arbitrio dell'erede, mentre invece da questo non si potea per regola far dipendere un legato neppure sotto la forma della condizione *si in Capitolium ascenderit*, a maggior ragione ULPIANO poteva argomentare per la validità del fedecommissato *si Seius voluerit*; e così si spiegano le parole *mihi videtur posse dici*.

§ 1406 a.

*Se questi principii del diritto antico siano stati modificati
nel diritto giustiniano o nel diritto canonico.*

Dalla trattazione precedente appare che i giureconsulti romani furon tutti d'accordo nel ritenere che l'istituzione d'erede non potesse esser rimessa alla determinazione o all'arbitrio d'un terzo, ma ch'essa dovesse essere stabilita e accertata dalla volontà propria del testatore. Questo principio è contenuto già anche nel divieto dell'antico diritto di istituire erede una persona incerta o di lasciarle un legato. Ne meno unanimi si era nel ritenere che un legato non possa lasciarsi all'arbitrio dell'erede al modo stesso che non può esser rimesso all'arbitrio del debitore se egli voglia esser debitore o no. La

⁹⁹) Vedi WALCH, *Diss. cit., de legato heredis in arbitrium collato*, § X, pag. 41. Un semplice fedecommissato non di libertà imposto all'erede coll'aggiunta *si voluerit* era da ULPIANO stesso ritenuto nullo come un legato riposto nel mero arbitrio dell'erede: L. 75 pr. Dig. de leg., I 30, e la già riferita L. 11 § 7 Dig. de legatis, III, 32.

¹⁰⁰) Vedi F. DUARENO, *Comm. in tit. Dig. de cond. institutionum*, cap. IV, 6 ult. Opera, pag. 416. — DE RETES, *Opuscula*, lib. IV ad L. 41 Dig. de legatis III, n. 5. — *Thesaurus* del MEERMANN, tomo VI, pag. 209. — SCHULTINGE, *Notae ad Dig. seu Pandectas*, tomo VI, ad L. 46 D. de fid. libert. 40, 5, pag. 281 segg.

questione nasceva solo sul punto, se il legato potesse esser rimesso all'arbitrio d'un terzo; e qui la decisione oscura e indeterminata di ULPiano deve, come vedemmo, essere completata e chiarita, con la decisione più chiara e più determinata di MODESTINO. Ma questi principii dell'antico diritto romano sono ancora in vigore? Il WALCH ¹⁾ non esita a rispondere affermativamente, richiamandosi all'autorità dei pratici. Certo è che colla costituzione di GIUSTINIANO *de personis incertis*, perduta e non ancora del tutto restituita ²⁾, ma il cui contenuto ci è noto dalle Istituzioni ³⁾, nulla fu mutato in proposito, nè avrebbe potuto mutarsi alcunchè senza intaccare l'essenza del testamento. E GIUSTINIANO stesso dice che egli non ha abolito l'antico diritto, ma ha voluto lasciarlo sussistere *non sine iusta emendatione*. Ciò fu dimostrato già da tempo dallo STRAUCH ⁴⁾, dallo SCHULTING ⁵⁾, dal CONRADI ⁶⁾ e dall'HUEBNER ⁷⁾, e in modo così evidente che non può più nascer dubbio.

La questione dunque può essere solo, se il diritto romano non sia stato in questo punto modificato dal diritto canonico. Io mi sono per profonda convinzione sforzato di difendere l'opinione negativa in una *Commentatio* speciale ⁸⁾, cercando anche di mostrare, sulla base della storia della Chiesa e del diritto del medio evo, che il Papa Innocenzo III, nel cap. 13 X, *de testam.* 3, 26, colle parole: « qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videre decedere intestatus » non abbia voluto modificare il diritto romano, ma che invece la decisione del pontefice si riferisca al privilegio, *de*

¹⁾ *Diss. cit.*, § 16.

²⁾ Vedi Cod. 6, 48 e il § 1301 nota 65 di questo *Commentario* (vol. 29, pag. 76 dell'ediz. tedesca).

³⁾ § 27 I. *de legatis*, 2, 20.

⁴⁾ *Disp. ad tit. 48 lib. VI Cod. de personis incertis constitutionem deperditam*, Jenae 1671, cap. 3 § 6.

⁵⁾ *Iurispr. Anteiust. ad PAULI, Sent. Receptarum* III, 46 nota 9, pag. 346, ad ULP. XXII, pag. 634 nota 8.

⁶⁾ *Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine, vel demonstratione heredis aut legatarii commissum*, § 3, 4.

⁷⁾ *Dissertatio ad tit. Dig. de rebus dubiis. Commentarius* a C. W. SCHWEITZER defensum, Lipsiae 1802, pag. 48 segg., 165 segg.

⁸⁾ *Innocentius III, in c. 13 X de test. iuri civili haud derogans*, Erlangae 1784, sez. II, *Opuscula*, fasc. 1.^o, pag. 238 segg.

benignitate sedis apostolicas concesso al vescovo d'Auxerre « quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium libera in eius potestate ac dispositione permaneat », il qual privilegio è rammentato nel principio di questo testo, secondo l'edizione BALUZ delle Epistole di Innocenzo III ⁹⁾. Questa opinione ha trovato accoglimento presso parecchi scrittori ¹⁰⁾. Lo SCHREADER ¹¹⁾ ha cercato di confutarla sforzandosi di dimostrare che con quella disposizione del diritto canonico tutte le disposizioni del diritto romano sul medesimo argomento sono state abolite: e con lui concordano il THIBAUT ¹²⁾, lo SCHWEPPE ¹³⁾, il WENING-INGENHEIM ¹⁴⁾, il MÜHLENBRUCH ¹⁵⁾. Molti però han dato la preferenza alla mia opinione anche dopo la confutazione dello SCHREADER ¹⁶⁾.

§ 1406 b.

Del vero punto di vista dal quale va considerata la costituzione del Pontefice Innocenzo III in cap. 13 X de testamentis, e della sua odierna inapplicabilità.

Ha dunque il pontefice Innocenzo III abolito veramente il diritto romano mediante il cap. 13 X *de testam.*? Se così fosse una costituzione più assurda di questa non potrebbe esistere. Mentre tutto invece

⁹⁾ *Epistolarum Innocentii III Romani pontificis in unum collectarum a Stephano BALUZIO*, Parisiis 1662, tom. I, lib. 5, pag. 631 segg.

¹⁰⁾ MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 106 in fine. — HOEPFNER, *Commentar über die Heinemannsche Inst.* (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO) § 488, nota 5.

¹¹⁾ *Abhandlungen aus dem Civilrecht* (Dissertazioni di diritto civile) I, pag. 71 segg.

¹²⁾ *Pandette*, II § 800.

¹³⁾ *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano) § 800.

¹⁴⁾ *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune) vol. II, lib. 5 § 454.

¹⁵⁾ *Dootrina Pandectarum*, III § 464 nota 7.

¹⁶⁾ WEBER, *Erläuterungen der Pandekten* (Interpretazioni delle Pandette) vol. II § 1406. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette) vol. III § 1205.

è regolare se si accetta l'interpretazione da me esposta nel mio *Programma*. Parli per me il grande canonista Bernardo VAN ESPEN ¹⁾:

« Alterum ex hoc Innocentii responso habetur, quod si quis in dispositione et voluntate alterius dispositionem rerum suarum sc. extremam contulit, non censeatur decedere intestatus, nimirum ad hunc effectum *ut si privilegii Episcopo competat ordinatio rerum defuncti*, tamquam is intestatus decessit ».

Per questo riguardo nulla importava se la disposizione di ultima volontà fosse valida o no per diritto civile: imperocchè per riguardo alle forme la Chiesa non si regolava sempre e senz'altro col diritto civile ²⁾. Onde il VAN ESPEN segue: « Hinc communiter statuunt canonistae quod si sufficienter et legitime quocumque modo constet de voluntate defuncti sufficiat ad excludendum Episcopum vel Capitulum a rebus clerici defuncti, tametsi solemne testamentum non sit ».

È dunque fuor di dubbio primieramente che il cap. 13 riguarda soltanto gli ecclesiastici. Infatti la prima parte di questo testo che, separata da essa forma il cap. 18 X *de verb. sign.* tratta la questione se i canonici appartengano agli ecclesiastici dei quali tratta il cap. 13. Secondariamente, soltanto per gli ecclesiastici vigeva la consuetudine che essi potessero rilasciare la disposizione sulla loro eredità in tutto quanto il suo contenuto all'arbitrio d'un amico fedele, la cui disposizione avrebbe poi avuto lo stesso valore che se fatta da essi stessi nel loro testamento: onde coloro che erano così incaricati della disposizione dal testatore furono chiamati nei documenti medioevali *testatores et ordinatores* ³⁾. Non si ha invece prova alcuna che questa specie di disposizione di ultima volontà fosse in uso anche tra i laici. I documenti medioevali citati in proposito dallo SCHRAEDER ⁴⁾ parlano

¹⁾ *Juris ecclesiastici universi*, Pars II, Sect. 4 tit. I, cap. 8 § 16 17, Opera a J. P. GIBERT edita Venetiis 1781, tom. III, pag. 167.

²⁾ Cap. 13, X *de testam.* — Vedi GANS, *Il diritto ereditario medioevale* (Erbrecht des Mittelalters) cap. 1, pag. 139 segg.

³⁾ Vedi le prove nel mio *Programma*, sez. II § 16 nota 62, *Opuscula*, fasc. I, pag. 279.

⁴⁾ *Dissertazioni di diritto civile* (Abhandlungen aus dem Civilrecht) I, pag. 78 seg.

solo di ecclesiastici, ed in ispecie la costituzione del Concilio di Colonia del 1266, che dice al can. 7.

« Sed quilibet clericus de bonis suis, sicut in vita ita et in morte, testamentum suum faciendi et de rebus suis disponendi vel per se vel per alios quibus hoc commiserit, liberam habeat facultatem ⁵⁾ ».

In questo sinodo questi esecutori delle ultime volontà degli ecclesiastici sono chiamati *manufideles*.

« Et illos qui contra hoc statutum de bonis et rebus clericorum decedentium ausu sacrilego se iniecerint, nisi sint *ipsorum clericorum manufideles*, seu ultimarum executores voluntatum, ex nunc sententia excommunicationis innodamus » ⁶⁾.

Simili *manufideles* quali *testatores* e *ultimarum voluntatum ordinatores* non si trovano invece a riguardo di laici. Non si è potuto citare in proposito neppure un documento del medio evo. I laici pertanto, se non volevano lasciare la loro eredità per scopi pii, nel qual caso il vescovo era l'esecutore dell'ultima volontà, doveano testare secondo le regole del diritto civile.

In terzo luogo, il motivo per cui gli ecclesiastici, se non volevano testare essi medesimi, lasciavano all'arbitrio dei *manufideles* la disposizione della loro eredità era in parte la necessità di garantirsi contro le espilazioni tanto frequenti ⁷⁾, in parte il desiderio di escludere il vescovo nei casi in cui questi aveva per indulto del papa ottenuto la facoltà di immettersi nel possesso delle eredità degli ecclesiastici della propria diocesi che fossero morti intestati e disporne poi a suo talento. Tal privilegio avea ottenuto anche il vescovo di Auxerre Guglielmo *de castro Scilligniaco*, come è chiamato dall'anonimo autore

⁵⁾ MANSI, *Collectio conciliorum*, tom. 23 pag. 1138.

⁶⁾ Si confronti la pregevole dissertazione di Franc. Antonio DÜRR, *De manufidelibus in specie ecclesiasticorum tum principum tum privatorum in Germania*, Magonza 1762, in SCHMIDT, *Thesaurus iuris ecclesiastici*, tomo VI, n. 8, pag. 328 seg.

⁷⁾ Le espilazioni erano così comuni nel Medio Evo nelle eredità degli ecclesiastici che si diceva per proverbio « beni di preti beni dei ladri, il diavolo tiene il sacco » (*Pfaffengut Raffengut, Teufel halt den Sack uf.*); vedi DÜRR, *Diss. cit.* cap. II § 6.

della storia dei vescovi di Auxerre ⁸⁾, e a questo appunto è diretto il cap. 13. Forse il concessore era stato lo stesso papa Innocenzo III ⁹⁾: e il privilegio era chiamato, probabilmente a titolo di scherno perchè odiato dagli ecclesiastici, *ius spoli* ¹⁰⁾. Per sfuggire a questo *ius spoli* del vescovo i canonici del capitolo di Auxerre sostenevano, che essi non erano compresi fra i *clerici* di cui parlava l'indulto pontificio a favore del vescovo, essendo i canonici ben distinti da essi; che in secondo luogo l'indulto parlava solo di *clerici ab intestato decedentes* e i clerici che avessero nominato dei *manufideles* coll'incarico di disporre dell'eredità loro dopo morti non poteano dirsi morti *ab intestato*. Per porre un termine a questa lite odiosa tra il vescovo e i canonici (questo significa la parola *scandalum*) ¹¹⁾ il pontefice scrisse che, riguardo alla prima questione, sotto la denominazione di *clerici* dovessero comprendersi anche i canonici, riguardo alla seconda non potessero dirsi morti *ab intestato* quelli che avessero rilasciato la disposizione di ultima volontà all'arbitrio di un terzo. È chiaro dopo ciò che il cap. 13 non contiene altro che una interpretazione autentica del privilegio concesso al vescovo di Auxerre; ciò che appare, del resto, in modo chiarissimo dalle parole iniziali del testo:

« Cum tibi de benignitate sedis apostolicae sit indultum ut ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium libere in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali removere, quod aliquando inter te et tuos canonicos est subortum super duobus nos consulere voluisti ».

E la decisione colle ultime parole « quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere inte-

⁸⁾ *Historia episcoporum Antissiodorensium*, cap. 59 (LABBEUS, pag. 479).

⁹⁾ Vedi il mio *Innocenzo III*, § 16, pag. 273.

¹⁰⁾ BOEHMER, *Dissertatio de successione in bona clericorum*, cap. II § 11. Questo *ius spoli* del vescovo non si limitava, come sostengono il BOEHMER, ad Cap. 13 X de test. e il DÜRK, *Diss. cit.*, cap. III § 6, al solo *acquæstus ecclesiasticus*, ma si estendeva a tutto il patrimonio lasciato dall'ecclesiastico. Vedere le prove al § 16, pag. 275 del mio citato *Programma*.

¹¹⁾ La parola *scandalum* nel linguaggio del medio evo significava anche *iurgium*, *riza*, *odium*, *offensio*. — Vedi DU-FRENE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*. — MACRI, *Hieroglexicon*, h. v.

status » si riferisce senza alcun dubbio alla consuetudine degli ecclesiastici di nominare dei *manufideles* lasciando al pieno arbitrio di questi di disporre della loro eredità. Questo prova la domanda rivolta al pontefice: *an illi (sc. clerici) qui in dispositione ac voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem nihil per se penitus ordinantes nec determinantes, quid, cui loco vel personae conferri debeat dicantur decedere intestati* ». Questa consuetudine esistente solo presso gli ecclesiastici di rilasciare la disposizione della propria eredità al pieno arbitrio dei *manufideles* così come l'effetto di essa che l'ecclesiastico che avesse nominato *manufideles* non si sarebbe ritenuto morto intestato, escludendosi così la facoltà del vescovo o del Capitolo del duomo di disporre a loro arbitrio dell'eredità, furono non soltanto riconosciuti in alcuni statuti di opere pie, dei quali si possono ancora indicare molti esempi¹², ma anche confermati dai Concilii,

¹² Come esempio può valere lo statuto del Capitolo dell'opera di S. Pietro in Magonza dell'anno 1264 riferito dal Dürr, *de manufidelibus*, cap. II § 7 nota f (*Thesaurus iuris ecclesiastici*, tomo VI, pag. 347 segg.): « In nomine Domini Amen. Decanus, scholasticus, cantor totumque Capitulum ecclesiae S. Petri in Maguntia. De voluntate et consensu unanimi inopinatis casibus et animarum nostrarum salutis propter libertatem ecclesiasticam providere volentes taliter ordinavimus atque statuimus, quod quilibet tam praelatorum quam canonicorum ecclesiae nostrae manufideles elegat qui testamenti seu ordinationis rerum suarum, si quam fecerit, tam mobilium quam immobilium executores existant, si autem de rebus suis inter vivos vel mortuos nihil disposuerit et ita decesserit iidem manufideles de rebus eius disponant secundum quod salutis animae suae sub periculo animarum suarum viderint expedire. Volumus etiam et iam inhibemus ut manufideles de bonis mortui nihil inter se emanent, vel in usus suos quantumcumque vile sit convertant, sed universa, sive fuerint mobilia vel immobilia vel utensilia Domus, si de illis nihil certi in vita vel ultima voluntate, ut dictum est, ordinavit, distrahant et pro remedio animae suae ad pios usus convertant, nisi esset tale quid quod cum honore vendi non posset; hoc pauperibus vel alias detur sicut credant mortuo et honori suo expedire. Si autem aliquid reliquit mortuus quod manufidelium aliquis habere desiderat, hoc non inter se vendant manufideles ei, sed decanus et capitulum eum eis illi vel plus offerenti vendant et ipsi manufideles precium illius cum aliis rebus mortui distribuunt. Haec autem ordinatio quolibet anno in quadragesimo infra dominicam Invocavit et festam palmarum in capitulo publicetur. Ita si quis testamentum, si quod fecerit, vel manufideles quos elegerat mutare voluerit super hoc liberam habeat facultatem: alioquin manufideles ab ipso electo remaneant, cum non intelligatur decedere intestatus qui testamentum vel ordinationem rerum suarum

per esempio da quello di Clermont del 1095 ¹³⁾ e da quello di Colonia del 1266 ¹⁴⁾.

Infine, che una simile disposizione della propria eredità lasciata ad arbitrio dei *manufideles* avesse vigore per diritto canonico risulta anche dalle seguenti circostanze. I *manufideles* dovevano promettere al testatore mediante una stretta di mano in luogo di giuramento (*loco iuramenti fidem praestiterunt manualementem*) che avrebbero adempito con fedeltà l'affidato incarico ¹⁵⁾. Inoltre essi dovevano prima d'ogni cosa fare un inventario dell'eredità ¹⁶⁾, e curare la vendita delle cose all'asta pubblica ¹⁷⁾. Se c'erano debiti prima di tutto dovevano pagarli, e potevano per questi esser convenuti dai creditori alla pari d'un erede, mentre d'altro canto potevano essi stessi convenire i debitori del defunto ¹⁸⁾. Del resto poi doveano erogare il

alterius potestati committit. Hoc nihilominus adicientes quod si canonicus non condito specialiter testamento decedens obligatus debitis non fuerit, vel saltem talibus debitis teneatur ad quorum solutionem res suae mobiles sufficiant, manufideles ipsi annum gratiae quod habet in praebenda in alios usus convertere non possint, nisi Ecclesiae secundum antiquam consuetudinem hactenus approbatam. Hac igitur ordinatione seu statuto praehabito numero termino summo usque ad ultimum, quilibet manufideles publice per decanum nostrum in capitulo nostro, ut moris est, elegit et omnia quae praemissa sunt, data fide loco iuramenti servare promisit. Acta haec sunt anno Domini MCCLXIV ».

Questo documento trovasi anche in GUDENI, *Codex diplomaticus*, tomo II, n. 114, pag. 130. Un altro esempio addotto dal van ESPEN, *Jus eccl. un.* Pars II, sect. 4, tit. 1, cap. 8 § 17, è nello statuto del capitolo della Chiesa di S. Pietro fondata a Loewen dal pontefice Eugenio IV :

« Item statuimus et ordinamus quod ille non censeatur ab intestato defunctus, neque poterit decanus aut Capitulum de bonis eius quomodocumque disporre, de cuius voluntate quomodolibet apparet per scripturam publicam aut etiam quantumcumque privatam, seu simplicem sive non solemnem manu decedentis scriptam aut saltem subsignatam aut de eius scientia aut scitu sigillatam ».

¹³⁾ GRATIANUS, Can. 46 cons. 12, 9, 2.

¹⁴⁾ Vedi sopra pag. 5.

¹⁵⁾ Vedi *Diss. cit.*, cap. 1 § 4 nota I, pag. 335.

¹⁶⁾ Concilium Coloniense a. 1300 can. 10. Vedi *Diss. cit.*, cap. III § 12, pag. 362.

¹⁷⁾ DÜRR, loc. cit., § 9, pag. 359.

¹⁸⁾ Vedi DÜRR, *Diss. cit.*, cap. III § 11, pag. 361. — G. L. BOEHMER, *Observationes iuris ecclesiastici*, Obs. IV § 7, pag. 122 e il mio *Programma* § 16. *Opuscula*, fasc. I, pag. 287.

patrimonio secondo la volontà espressamente dichiarata o presunta del defunto, e di solito secondo la consuetudine medioevale a scopi pii, il che nel linguaggio del medio evo si diceva *pro anima*, *pro animae salute*, *pro animae redemptione*, *pro animae remedio disponere*¹⁹⁾: imperocchè agli ecclesiastici questo soltanto importava, che la loro eredità fosse spesa per la salvezza dell'anima, onde tale disposizione veniva anche detta sussidio dell'anima²⁰⁾. Essi dovevano render conto delle loro disposizioni al vescovo del luogo²¹⁾, il quale poi poteva anche sottentrare quale esecutore delle volontà del defunto qualora il *manufidelis* non adempisse agli obblighi suoi²²⁾. Così, secondo le leggi della Chiesa nel medio evo, tutto correva senza immistione degli eredi intestati o dell'autorità secolare. E secondo il diritto canonico del suo tempo Innocenzo III non poteva decretare diversamente. Ma certamente egli non aveva nè poteva ragionevolmente avere l'intenzione di modificare colle sue decretali il diritto romano, perocchè egli decideva secondo un'antica consuetudine applicabile soltanto agli ecclesiastici. Ne è credibile affatto che Innocenzo III, cui Antonio Dadino ALTESERRA²³⁾ chiamò con ragione *iurisconsultorum pontifex* e *pontificum iurisconsultissimus* e i contemporanei chiamarono *lucerna iuris*, avrebbe voluto modificare il diritto romano in una delle teorie più importanti e in un'epoca in cui esso

¹⁹⁾ Questo rispondeva al modo di pensare dominante nel medio evo, secondo il quale colui che moriva senza aver disposto per gli stabilimenti dei poveri e le opere pie era considerato un eretico e dannato. Si confronti in particolar modo L. Antonio MURATORI, *Antiquitates Italiae medii aevi*, tomo V, Diss. 67, pag. 655. — BOEHMER, *Obs. cit.*, pag. 125. Nello statuto del capitolo dell'Opera di S. Pietro a Magonza riportato a nota 12 è imposto l'obbligo ai *manufideles sub periculo animarum suarum* di disporre « de rebus defuncti Canonici, secundum quod salutem animae suae viderint expedire ». Cfr. il mio *Programma*, § 17 nota 79, pag. 294.

²⁰⁾ Vedi i *Glossaria germanica medii aevi* del WACHTER, pag. 1499. — HALTAUS, pag. 1668 e WESTENRIEDER, pag. 520 voc. *Seelgeräte*, *Seelengerät*, *Seelgeräth*.

²¹⁾ Clem. un. *de testam.* 3, 6. — Vedi DÜRR, *Diss. cit.* cap. III, § 24 nota 2, pag. 375.

²²⁾ Cap. 3 X, *de testam.*

²³⁾ *Innocentius III Pont. Maximus*, Lutetiae Parisiorum 1666, Praefatio, pag. 1.

era appunto nel suo rifiorire e tanto calorosamente se ne coltivava lo studio da essersi i papi procurato il rimprovero che parlassero più secondo le leggi di GIUSTINIANO che secondo quelle della Chiesa ²⁴⁾, se non si fosse trattato qui di una consuetudine antica, speciale, contraddicente in modo aperto al diritto romano, la quale però non potea essere applicata che al caso speciale e cioè ai soli *clerici*. Nè vi sarebbe stato bisogno di alcuna decisione in proposito se i canonici di Auxerre non avessero tentato di far valere la massima che essi non doveano comprendersi nella denominazione di *clerici*. Per ciò poi non era neppur necessario aggiungere nella regola formulata al cap. 13 la parola *clericus*, perchè in tutta la costituzione si parlava di clerici e d'altra parte ognuno sapeva già da sè che questa regola valeva solo pei clerici ai quali, per antica consuetudine confermata dalle raccolte della Chiesa e dagli statuti di fondazione delle varie opere pie, era riconosciuto il diritto di rimettere *pro animae salute* all'arbitrio d'un amico fedele la loro disposizione di ultima volontà.

Ma la decretale di papa Innocenzo III non potrebbe essere stata introdotta nella raccolta di decretali di Grègorio IX al fine di stabilire quale principio di diritto comune, che ciascuno può anche senza far testamento rimettere in tutto le proprie disposizioni di ultima volontà ad un terzo, senza più riguardo alcuno al caso speciale cui in origine si riferiva la decisione del papa?

Questa opinione è stata di recente sostenuta contro di me dallo SCHRAEDER. Ma io sono convinto che se si volesse dare questa estensione alla decretale di Innocenzo III si porterebbe la massima confusione nella dottrina dei testamenti; imperocchè se dovesse per diritto canonico ritenersi valido il testamento in cui il testatore non ha disposto da sè del proprio patrimonio, ma ha lasciato all'arbitrio d'un terzo *quid, cui loco vel personae conferri debeat*, come dice la decretale, l'essenza del testamento consistente nell'istituzione di un

²⁴⁾ Così scrive, per esempio, l'abate BERNARDO di CLAIRVAUX nel suo libro *de consideratione divina* al papa Eugenio III cui il libro è dedicato:

« Perstrepuunt in tuo palatio leges, sed Iustiniani non Domini. Rectius etiam? istud tu videris ».

erede diretto, senza della quale, come si sa, esso non vale, sarebbe completamente distrutta. La regola espressa da GIUSTINIANO in § 34 I. *de legatis* 2, 20, che « testamenta ex institutione heredum vim accipiunt et ob id veluti caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio », l'affermazione di MODESTINO nella L. 1 § 3 in f. Dig. *de vulg. et pup. subst.* 28, 6, « sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet » e le parole di PAPINIANO, il quale in L. 10 Dig. *de iure codic.* 29, 7 trova la differenza fra codicilli e testamenti in ciò: « Quod per manus traditum est codicillis hereditatem dari non posse rationem illam habet ne per codicillos qui ex testamento valent ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur », tutte queste regole e prescrizioni del diritto romano si dovrebbero ritenere abolite dal diritto canonico. Non vi sarebbe dunque più differenza fra testamenti e codicilli e si potrebbe ormai passar sopra alla prescrizione di GIUSTINIANO, « codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest; ne confundatur ius testamentorum et codicillorum » (§ 2 I. *de codicillis* 2, 25). E anche le prescrizioni del diritto romano: « Heres institui nisi ut certe demonstretur nemo potest » (fr. 9 § 9 *de hered. inst.* 28, 5), « quoties non apparet quis heres institutus sit institutio non valet » (fr. 62 § 1 eod.) avrebbero fatto il loro tempo. E mentre per diritto romano la L. 32 pr. Dig. *de her. inst.* 28, 5 dichiara nulla una istituzione di erede delle persone *quos Titius voluerit*, per diritto canonico un terzo potrà anche far testamento per me dopo la mia morte! E poichè nessun limite è posto al suo arbitrio egli può istituire erede chi vuole e io dovrò essergli riconoscente se non istituirà sè medesimo. Si può ora immaginare una cosa più contraddicente ai principii puri del diritto che la possibilità per l'erede di istituirsi da sè stesso erede? E come si accorda ciò col Senatusconsulto Liboniano? E un tal testatore potrebbe anche diseredare gli eredi necessari, quando venisse a sapere per esempio che tra questi e il testatore sia avvenuto uno di quei fatti che danno per la nov. 115 diritto alla diseredazione. Innocenzo III grande giurista può sul serio aver voluto ciò?

Anche dai seguaci dell'opinione avversa si escludono però due casi ai quali le disposizioni del cap. 13 non troverebbero applicazione per motivi speciali ai casi stessi.

1. La nomina di un tutore testamentario non può esser lasciata all'arbitrio di un terzo, perchè qui più che in ogni altra disposizione occorre il *certum iudicium*²⁵). Ma il *certum iudicium* non è richiesto anche per l'istituzione d'erede? E non è appunto questa la ragione per cui la istituzione *quos Titius voluerit* è dichiarata nulla nella L. 32 Dig. cit.? « Nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere ». E lo SCHRADER²⁶) ha spiegato pure questo principio in questo senso: « che in disposizioni così importanti come quelle di ultima volontà la determinazione precisa sia necessaria anche per evitare frodi ». Ora questo principio non potea certo esser distrutto da Innocenzo colla sua decretale nè può questa regola fondamentale del diritto romano ritenersi abolita, quando si pensi che quella decretale riferibile solo al caso speciale ivi considerato con riguardo agli usi e alle consuetudini del tempo d'Innocenzo non sarebbe invece altrimenti giustificabile, e che d'altronde sarebbe irragionevole ammettere che essa sia stata inserita nella raccolta delle Decretali di Gregorio IX, altrimenti che come norma pel diritto di spoglio ancora vigente nel secolo XIII. Ma se invece la prescrizione del cap. 13 deve valere come regola generale siamo noi autorizzati a farvi una eccezione desunta dal diritto romano, mentre pure il diritto canonico avrebbe abolito il *certum testantium iudicium*? O se veramente vi sono a questa nuova regola del diritto canonico delle eccezioni, allora pel medesimo motivo noi potremo permetterci di farne una pel caso della istituzione d'erede.

2. Una seconda eccezione alla regola del cap. 13 starebbe, secondo gli autori sopra citati, in ciò, che quando la determinazione della persona a cui prestare o della cosa da prestare sia lasciata all'arbitrio dell'ontrato, allora debbano seguirsi le regole del diritto romano. E ciò perchè l'ontrato è in sostanza un debitore dell'ontrato.

Or questa ragione ha un valore quando gli ontrati son già determinati e al terzo è rilasciato solo di stabilire secondo l'arbitrio di

²⁵) § 27 I. *de legatis*, 2, 20.

²⁶) *Dissertatione* (Abhandlung) § 5, pag. 55. — Questa ragione è ripetuta anche al § 15 nota 99, pag. 92.

un buon padre di famiglia quanto debba spettare a ciascuno. Gli onorati potrebbero in tale ipotesi agire contro l'onerato coll'*actio personalis ex testamento*, e potrebbe anche farsi luogo all'arbitrio del giudice ²⁷⁾. Ma noi vogliamo considerare solo il caso di cui parla Innocenzo, che il testatore cioè non abbia determinato affatto *quid cui loco vel personae conferri debeat*, rilasciando tutto senza determinazioni limitative all'arbitrio del terzo. Dov'è qui l'onorato creditore dell'onerato? Saranno forse gli eredi legittimi? Ma se il testatore avesse pensato a questi, perchè avrebbe nominato un terzo il quale designasse l'erede e disponesse dei suoi beni? E quali sono le disposizioni del diritto romano a cui dovrà l'onerato attenersi per determinare la persona e l'oggetto della disposizione? Chi può obbligarlo ad adempiere il mandato conferitogli se il testatore non glie l'abbia posto come condizione di un legato ed egli non abbia poi accettato questo? Se gli eredi legittimi agissero egli potrebbe respingerli coll'eccezione *vestra nihil interest, quia qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere intestatus*; e parimente potrebbe renderne del tutto vana l'azione col nominare erede un estraneo, appena quella fosse intentata. Ciò che indubbiamente egli può fare non essendovi alcun limite al suo arbitrio. Ma una tale disposizione di ultima volontà avrebbe in definitiva un esito determinato? *Publice enim expedit*, dice PAOLO L. 5 Dig. test. quem. aper. 29, 3, *suprema hominum iudicia exitum habere*. Se gli eredi necessarii siano stati preteriti, certamente essi possono far annullare la disposizione del testatore, ma ha forse Innocenzo III abolito anche il diritto degli eredi necessari? Su questo punto è intuitivo « che la forma esteriore deve essere stata osservata; imperocchè la questione che ci occupa tocca solo la forma interna ». Qui si potrebbe domandare in che cosa consista questa forma esteriore. Il diritto romano non conosce questa particolare forma esteriore, presupponendo questa un testamento, cioè una disposizione di ultima volontà contenente una istituzione d'erede, la quale a sua volta deve derivare dalla determinazione propria del testatore ²⁸⁾. Ora, nel caso di cui

²⁷⁾ L. 30 Dig. de legatis, II, 31, L. 12 Dig. de legatis, III, 32. — Vedi anche WALCH, *Dissertatio de legato heredis in arbitrio collato* § 14.

²⁸⁾ L. 1 Dig. h. t. 28, 1.

parla il diritto canonico, non c'è un testamento nel senso romano; non c'è una *iusta sententia*, ma un *alienae voluntatis sententia* che il diritto romano non ammette. Si dovrebbe dunque usare la forma del diritto canonico ²⁹⁾: ma questa, com'è noto, non ha valore in Germania. A tutto ciò poi si deve aggiungere che colla ordinanza notarile di MASSIMILIANO I dell'anno 1512, tit. 1 dei testamenti, è espressamente confermato il valore del diritto romano per ciò che riguarda la forma dei testamenti (§ 1). Quell'ordinanza rimanda esplicitamente i notari al diritto imperiale (§ 2) e in conseguenza di ciò dispone al § 8 che colui il quale voglia fare un testamento debba chiaramente ed espressamente dire dinanzi al numero di testimoni a ciò prescritto nel diritto romano il nome di coloro che voglia istituire eredi o comunque onorare con una disposizione. Le costituzioni del diritto canonico sulla forma dei testamenti non hanno dunque oggi alcun valore presso di noi. Neppure gli ecclesiastici possono più in applicazione del cap. 13 X *de testamentis* rimettere all'arbitrio d'un terzo la disposizione sulla loro eredità, senza fare essi stessi testamento, perchè il *ius spolii* concesso nel medio evo ad alcuni vescovi è stato abolito. Un caso molto notevole presentatosi alla decisione della Corte di giustizia dell'Impero (*Reichskammergericht*) nell'anno 1760 che il ORAMER ha esposto ³⁰⁾ circostanziatamente, dà appoggio alla nostra opinione ³¹⁾. Ed è ormai una verità riconosciuta nella nostra

²⁹⁾ Cap. 10, X, *de testam.*

³⁰⁾ *Contributi di Wetzlar* (Wetzlarische Beiträge) Wetzlar 1763, n. XII, p. 62-75. Il già decano del duomo di Münster, Federico Cristiano barone di Gahlen aveva nel 1718 fatta una disposizione in lingua latina, per la quale se egli fosse morto intestato il barone di Fürstenberg, Giovanni Ermanno di Kettler e il suo unico fratello Guglielmo Ferdinando di Gahlen da lui nominati a suoi esecutori testamentarii avrebbero dovuto disporre delle sue eredità *prout iudicaverint defuncto ac saluti suae salubrius in Domino expedire*. Dopo la morte di lui questi esecutori avevano in esecuzione del mandato ricevuto fatto un testamento nel quale istituivano erede universale il barone Guglielmo Ferdinando di Gahlen lasciando alle due sorelle del defunto un legato di 800 talleri per ciascuna. Le sorelle impugnarono di nullità il testamento davanti all'Ufficialato di Münster e ne venne una sentenza emanata dalla facoltà giuridica di Ingolstadt con cui questo testamento fu dichiarato nullo. L'eredità istituita appellò dinanzi al tribunale dell'Impero (*Reichskammergericht*), ma la sentenza fu confermata.

³¹⁾ L'HARPPRECHT, *Dissertatio de eo qui extremam voluntatem in alterius dis-*

pratica attuale che in Germania nessun testamento può valere senza istituzione d'erede determinato e che per ciò non può la disposizione rimettersi all'arbitrio d'un terzo, salvo il caso che il testatore disponendo in tal modo ordini però che il suo patrimonio sia destinato a fondazioni o scopi pii ³²⁾. È per ciò anche regola generale che non si possa testare per mezzo di un procuratore, ma che alcuno non possa far testamento che per sè ³³⁾. Osserverò soltanto, come conclusione, che il grande CUIACIO ³⁴⁾ non ammette contraddizione fra il diritto romano e il diritto canonico. Il diritto canonico, egli dice, ammette che anche l'istituzione d'erede possa rimettersi all'arbitrio d'un terzo, per esempio: *Is mihi heres esto, quem Titius voluerit*; ma questo deve, secondo il CUIACIO, intendersi nel senso che possa rimettersi la disposizione in *alienam voluntatem, quasi in condicionem*, come se il testatore avesse detto: « *si evenerit ut quandoque Titius delectaret quem optet mihi heredem esse* » al modo stesso che nella L. 1 Dig. de le-

positionem committit, Tubinga 1749 § 18, sostiene però che se vi fossero oggi vescovi cui competesse il *ius spoli* contro i clerici morti intestati nella loro diocesi questi ultimi potrebbero con una disposizione come quella di cui parla il Cap. 13 X *de testam.* escludere il *ius spoli* di quelli. Vedasi anche il mio INNOCENZO III, sez. II § 18, *Opuscoli*, fasc. 296

³²⁾ STRYK, *Usus modernus pandectarum*, L. XXVIII tit. 5 § 11, dice: « Sed de eo nondum constat inter interpretes utrum ex cit. cap. 13 X *de testam.* tuto colligi possit heredia institutionem posse committi in arbitrium tertii, ut proinde ex eo tuto inferri non possit hodie in praxi, qua *ius canonicum* sequimur, talem institutionem admittendam esse. Imo si secundum receptam sententiam esset iudicandum tantum talis institutio admittenda foret in *testamentis ad pias causas* ». Vedasi pure G. E. BOEHMER, *Consultationes et decisiones*, tom. II, Pars I, resp. 661, n. 97. Pars II resp. 866, n. 30. — LYNCKER, *Rerum decisarum*, Cont. IV, decia. 314. — REINHARDT, *Selectas observationes ad Ochristinaeun*, vol. I diss. 70. — G. Lud. BOEHMER, *Soluzione di casi giuridici (Auserlesene Rechtsfälle)* vol. II, parte 2.^a, n. 145 § 18, pag. 409. — C. Aug. GUENTHER, *Principia iuris romani privati novissimi*, tomo II § 130 e nota a. — WIESAND, *Opuscula*, spec. VI, obs. 1.

³³⁾ LAUTERBACH, *Collegium theor.-pract. Pand.*, h. t. § 37, in fine. — BARDILI, *Diss. de testamento nuncupativo*, Tubinga 1671 th. IX. — SCHAUMBURG, *Dissertatio singularia de testamento nuncupativo capita continens*, Jena 1757 § 15. — HUGO, *Trattato delle Pandette (Lehrburch der Pandekten)* § 108, Berlino 1805.

³⁴⁾ *Comm. in tit. XXVI lib. 3 decretalium de testamentis ad cap. 13. Opera postuma* a FABROTO edita, tomo III, pag. 290.

gatis II, 31 è detto che un legato si può rimettere all'arbitrio d'un terzo *veluti in condicionem*. Questa e non altra sarebbe l'opinione dello stesso Innocenzo III, per nulla difforme quindi dal diritto civile. *Aliorum sit iudicium*^{h)}.

§ 1406 c.

*Se sia valido un testamento fatto in risposta
all'interrogazione di un terzo.*

Una dichiarazione di ultima volontà deve essere secondo il buon senso e secondo lo spirito della legislazione l'opera di una decisione seria, libera, efficace per sè stessa. Pertanto essa non può essere domandata al testatore, deve essere una dichiarazione spontanea di lui³⁵⁾. I testimonii di un testamento nuncupativo possono bensì accertarsi della volontà del testatore anche con interrogazioni, quando il testatore non si sia espresso del tutto chiaramente nella manifestazione di quella volontà; può anche darsi che il testatore stesso abbia dettato le sue ultime volontà ad uno dei testimonii e interrogato da questo se siano state bene riferite risponda con un sì³⁶⁾: in tali casi infatti la certezza della volontà del testatore è fuor di dubbio e con tali interrogazioni e risposte viene anzi confermata e

³⁵⁾ G. C. SCHREIBER de CRONSTERN, *Dissertatio de testamento ad interrogationem alterius condito*, Gottinga 1761. — C. F. WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, Sect. II, cap. IV, membr. III, § 19. Di opinione diversa è però il FACHINEO, *Controversiarum ep.*, lib. V, cap. 69.

³⁶⁾ L. 39 § 1 Dig. de legatis, III, 32. — Vedi WESTPHAL, *Legati e fideicommissi* (Darstellung der Rechte von Vermaechtnissen und Fideicommissen) § 378.

^{h)} Sulla questione trattata in questi paragrafi vedansi pure VANGEROW, *Pandette*, § 432. — HEIMBACH, *Rechtslexicon*, ecc. (*Dizionario giuridico*) del WEISKE, art. *Testament* (testamento), Vol. X pag. 908 seg. — VERING, *Roemisches Erbrecht* (Diritto ereditario romano), pag. 827. — WINDSCHEID, *Pandette*, § 547 e § 633, n.º 6. — BARON, *Pandette*, § 396. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 491. — SERAFINI, *Delle ultime volontà rimesse ad arbitrio d'una terza persona*, *Archivio Giuridico*, Vol. IV, pagina 166 segg.

nulla perde di spontaneità e indipendenza ³⁷⁾. Parimente se il testatore aveva l'intenzione di testare e aveva già dichiarata la sua ultima volontà in guisa che fosse già conosciuta all'interrogante, oppure se ad una interrogazione generica in proposito egli rispose con una risposta specifica o per lo meno ad una interrogazione specifica pienamente corrispondente, tutti gli scrittori sono d'accordo nel ritenere che la forma interrogativa non nuoca alla validità del testamento ³⁸⁾. Ma un semplice sì o un semplice cenno del capo in risposta a una interrogazione speciale contenente il nome dell'erede e la porzione ereditaria di questo sarebbero inefficaci e un testamento fatto in tal modo in forma di risposta a una interrogazione deve esser dichiarato nullo se non si vuole lasciare aperto l'adito alle frodi ed alle falsificazioni ³⁹⁾. E nulla importa se l'interrogante sia una persona rivestita di pubblico ufficio o un semplice privato ⁴⁰⁾. Le leggi romane ⁴¹⁾ al pari di quelle tedesche ⁴²⁾

³⁷⁾ COCCIO, *Jus civile controversum*, h. t. q. 7. — SCHREIBER de CRONSTERN, *Diss. cit.*, § 14, 15. — WALCH, loc. cit. — SCHWEPPE, *Diritto privato romano* § 790. — HARTITZSCH, *Diritto ereditario*, § 64.

³⁸⁾ PISTORIS, *Observationes singulares*, Lipsia e Francoforte 1679, obs. IV. — WERNHER, *Selectas observationes forenses* II, pars 9, obs. 153. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. VI spec. 375 med. 15. — SCHAUMBURG, *Singularia de testamento nuncupativo cupita*, § 15 in fine. — VAN NETTEBLADTS, *Tentativo di una guida all'universa giurisprudenza pratica* (Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelehrtheit) § 1309. — GEIGER e GLÜCK, *Casi giuridici e dissertazioni notevoli* (Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen) vol. III, n. 42 § 13. — WEBER, *Spiegazioni delle Pandette* (Erläuterungen der Pandecten) vol. II, § 1406, pag. 217.

³⁹⁾ VOET, *Ad Pandectas*, h. t. § 11. — BARDILI, *Dissertatio de testamento nuncupativo*, th. 7. — SCHREIBER de CRONSTERN, *Diss. cit.* § 16. — GUENTHER, *Principia iuris romani privati novissimi*, tomo II, § 730. — HUFELAND, *Trattato di diritto civile comune o sussidiario* (Lehrbuch des gemeinen, ecc.) vol. II, § 1088. — MALBLANC, *Principia iuris romani*, parte ultima § 689. — GMELIN ed ELSASSER, *Osservazioni e casi giuridici di utilità comune* (Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle) vol. V, pag. 116 seg.

⁴⁰⁾ ANTONIO FABRO, *De erroribus pragmaticorum*, pars III, decad. 69 err. 1, 2.

⁴¹⁾ L. 26 L. 29 Cod. de testam. 6, 25.

⁴²⁾ Ordinanza sul notariato di MASSIMILIANO, titolo dei testamenti, § 8. — L'HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani Germanici*, tomo II § 1267 nota b, e con lui il ROECHY, *Commentatio de testamento vi metuve extorto* (Lipsiae 1800)

richiedono espressamente per la validità del testamento nuncupativo la dichiarazione verbale propria del testatore circa la sua ultima volontà. Si aggiunga che il testatore nel caso da me trattato nei miei casi giuridici ⁴³⁾ alla domanda *se avesse da testare o da disporre o se volesse disporre* avea risposto esplicitamente: *ora è troppo tardi, ho da pensare all'anima mia, non ne son più capace*, ma era in seguito stato tempestato di domande alle quali finalmente, mentre già lottava colla morte, avea risposto con tale premura frettolosa che da ciò solo appariva chiaro come con ciò egli avesse voluto soltanto liberarsi dal peso delle domande. Or chi potrà in una specie così tumultuaria di testamento esser convinto della sicurezza della volontà del testatore? ⁴⁴⁾, tanto più quando dalla testimonianza di persone degne di fede presenti alla confezione del testamento risulti che il testatore dopo la sottoscrizione del testamento, fatta colla mano già mezzo fredda e cogli occhi semichiusi (e i testimoni dicono che questi eran già vitrei come nei moribondi), abbia vissuto ancora appena cinque minuti ⁴⁾.

§ 4, pag. 15, credono, a dir vero, che un sì chiaro non possa ritenersi inefficace posto che da esso appaia certa e indubitata la libera volontà del testatore. Vedansi però le osservazioni fondamentali in contrario esposte nella *Biblioteca di piccoli scritti giuridici* (Bibliothek kleiner juristischer Schriften) dell'HÜBNER e del TITTMANN, al vol. II, n. 17, pag. 77 seg. (Lipsia 1801), e quanto giustamente dice il CLAPROTH nella sua *Dissertazione sui testamenti e sui codicilli* (Abhandlung von Testamenten und Codicillen) § 8 pag. 60:

« Non c'è testamento nè scritto nè orale quando si legge al testatore uno scritto che egli non avea visto prima nè avea dato incarico ad alcuno di compilare, ed egli lo approva con un cenno del capo o con un semplice sì ».

⁴³⁾ Vedi i citati *Casi giuridici*, pag. 176 seg. § 3.

⁴⁴⁾ SCHREIBER de CRONSTEEN, *Diss. cit.*, §§ 16-18, citati *Casi giuridici* § 14, pag. 193.

4) Alle medesime conclusioni deve giungersi nel diritto nostro per l'analoga questione che può sorgere pel testamento pubblico: anche in questo deve la dichiarazione di volontà del testatore essere spontanea e completa; dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto nullo un testamento fatto per semplici risposte monosillabiche o, peggio ancora, per gesti.

Vedi BUNIVA, *Trattato delle successioni*, 2.^a ediz. n.º 176. — MATTEI, *Codice civile*, art. 778. — RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III, n.º 167. — PAOLI, *Successioni testamentarie*, § 1, n.º 3 — PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, III, n.º 22. — App. Parma, 13 marzo 1881, *Annali*, XV, 3, 93. — App. Venezia, 31 dicembre 1883, *Filangieri*, IX, 2, 349. — VITALI, *Successioni*, III, n.º 514.

§ 1406 d.

Del testamento del cieco.

Che un cieco possa testare è fuor di dubbio ⁴⁵⁾. Il diritto antico non faceva anzi differenza fra il cieco e il veggente; anche il cieco potea servirsi della forma ordinaria di testamento ⁴⁶⁾. Ad evitare però errori ed inganni facili ad avverarsi nel testamento di un cieco e per aver la maggior sicurezza della volontà l'imperatore GIUSTINO prescrisse una forma speciale pei' testamenti di tali infermi. A ciò si riferisce la L. 8 Cod. *qui test. facere possunt* 6, 22.

« Imp. JUSTINUS A. DEMOSTHENI P. P. — Hac consultissima lege sancimus ut carentes oculis seu morbo vitiove, seu ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis: scilicet praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario, etiam: ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes ut sine scriptis testentur edoceant: deinde exprimant nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et in-

⁴⁵⁾ SAMUELE STRYKIO, *Disputatio de testamentis corpore vitiatorum*, Halle 1702, Wittenberg 1740 §§ 3-25. — DE WERT, *de testamentis caecorum*, Trajecti 1764. — BERSTEIN, *Dissertatio de visu privatis eorumque iuribus*, Lipsiae 1773, § 15. — KOEHNEN, *Dissertatio de forma testamenti externa a caeco observanda*, Gottinga 1781. — MAREZOLI, *Osservazioni sul testamento del cieco* (Bemerkungen über das Testament des Blinden) nel *Magazzino di giurisprudenza e legislazione* (Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung) di GROLMAN e LÖHE, vol. IV, fasc. 2.^o n. 2, 3, pag. 166-73. — PIETRO FABRO ha sostenuto nel suo *Commento ad Ulpiani fragmenta*, tit. XX § 13 (MEERMANN, *Thesaurus*, VII, pag. 762 nota 8) che il cieco non possa testare perchè non può vedere i testimoni, ciò che è richiesto espressamente dalla L. 9 Cod. *de testam.* 6, 25, ma il KOCH, *Programma de conspectu testatoris*, ad L. 9 Cod. *de testam.*, pag. 9 ha osservato giustamente in contrario che le parole *in conspectu testatoris* di detta legge altro non significano che *sub praesentia ipsius*, come dice appunto la L. 30 Cod. *eod.*

⁴⁶⁾ PAULUS, *Sententiae Receptae*, III, IV, § 4: « Coccus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes ».

Vedi SCHULTING, *Iurisprudentia vetus anteiust.*, pag. 340. — OFFONE e GIANO DA COSTA, *Comm. ad § 4 I. quibus non est perm. facere test.*

dicia, ne sola nominum commemoratio quidquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quot uncis in successionem admitti debeant, et quid unumquemque legatarium vel fideicommissarium assequi velint, omnia denique palam edicant quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. Quibus omnibus ex ordine peroratis, uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtutu septem, ut dictum est, testium, et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab eisdem testibus, quam a tabulario plenum obtinebit robur testantis arbitrium. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda. At cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia voluntatem suam sive in testamenti, sive in codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere: ut in eodem loco postea convocatis testibus et tabulario, re etiam, ut dictum est, patefacta, cuius causa convocati sunt etiam chartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul et testibus: et ubi tenor eorum cunctis innotuerit elogium ipse suum profiteatur agnoscere et ex animi sui, quae lecta sunt, disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium, pro ut dictum est, quam tabularii. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus ubi tabularius reperiri non possit octavum adhibere testem, ut quod tabulario pro supra dicto modo commissimus id per octavum testem effectum capiat; libera potestate concedenda voluntatem suam in praedictum modum ordinantibus chartulam ita subscriptam ita denique consignatam ut antelatae formae declarant cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic namque fieri confidimus ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus. tot insuper in tuto locata manibus. Dat. Kal. Junii Constantinopoli JUSTINIANO et VALEBIO cons. (521) ».

Questa costituzione non solo fu confermata in ogni sua parte da GIUSTINIANO ⁴⁷⁾, ma fu anche accolta in una traduzione letterale,

⁴⁷⁾ § 4 I. quibus non est perm. 2, 12. « Caecus autem non potest facere testa-

con sole poche modificazioni di cui parleremo in seguito. dall'imperatore MASSIMILIANO nell'Ordinanza notarile del 1512; di cui il § 9 del tit. 1 dei testamenti, dice:

« Sul testamento del cieco, si dispone quanto appresso: *Primo*: debbono esser chiamati un notaro e sette testimonii e debbono esser fatti consapevoli dello scopo pel quale sono chiamati. *Secondo*: il testatore deve dichiarare ed esprimere chiaramente al notaro e ai testimonii non solo il nome dell'erede e degli eredi istituiti, ma anche il grado, lo stato o l'essere loro in modo che non possa nascere pel fatto che sian designati col solo nome dubbio alcuno sulla loro identità, deve pur dichiarare ed esprimer chiaramente ogni altra sua volontà anche con le aggiunte o disposizioni accessorie.

Terzo: il notaro, e dove non c'è notaro un ottavo testimonio, e parimente tutti gli altri testimonii a ciò espressamente invitati debbono tutti nello stesso luogo e nello stesso tempo, senz'altra interruzione che le piccole eventuali richieste dalla necessità di soddisfare bisogni naturali. firmare e sigillare l'istrumento in fine, cioè nello spazio estremo. Colui che vuol testare può in quest'atto stesso del testamento dichiarare la propria volontà ai testimoni, oppure può aver scritto o fatto scrivere prima da altri la sua ultima volontà, e in seguito dar comunicazione di questo scritto ai testimoni ed al notaro, i quali devono essere stati prima fatti consapevoli dello scopo per cui sono stati invitati. Dopo che così il contenuto del testamento è noto a tutti, il testatore deve riconoscere che quello è il suo testamento e la sua volontà e che ciò che è stato letto risponde al suo volere, alla sua opinione e al suo sentimento; dopo di che debbono seguire in fine le firme e i sigilli di tutti i testimoni e del notaro ».

In virtù di questa legge il cieco non può dunque testare per iscritto, ma solo a voce ⁴³⁾. Il testamento del cieco è sempre un testamento nuncupativo anche quando sia stata l'ultima volontà del testatore redatta in iscritto; poichè ad ogni modo lo scritto deve esser letto

mentum nisi per observationem, quam lex divi Iustini patris mei introduxit ».

⁴³⁾ DONELLO, *Comm. ad L. 8 Cod. qui test. facere possunt*, pag. 351.

al testatore e ai testimoni e ratificato al cieco in presenza di questi. Solo a questa condizione gli è concesso quasi come un favore speciale, a giudicare almeno dalle parole della legge, di far scrivere da altri precedentemente la sua ultima volontà ⁴⁹⁾. Il cieco dunque quando fa testamento stragiudiciale deve ricorrere ad un'ottava persona pubblica, oltre i sette testimoni necessari per ogni testamento privato, persona pubblica che nelle costituzioni romane è detta *tabularius* ⁵⁰⁾, nelle leggi dell'impero tedesco notaro. Se non sia possibile trovare un notaro si ricorre a un ottavo testimone. Ma ciò non è nel mero arbitrio del testatore: secondo le chiare espressioni della legge all'ottavo testimone si può ricorrere solo nel caso che *tabularius reperiri non possit* o, come dice l'ordinanza notarile tedesca, « se non si possa avere un notaro si chiamerà invece sua un ottavo testimone » ⁵¹⁾. Dinanzi a tutte queste persone il cieco deve dichiarare che egli vuole testare oralmente: « *primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur edoceant* ».

Poichè però questa non sembra essere che un'applicazione della regola che chi vuol testare oralmente lo deve dichiarare dinanzi a testimoni, nasce il dubbio se tale prescrizione non sia divenuta superflua dopo che GIUSTINIANO con una nuova costituzione ⁵²⁾ abolì

⁴⁹⁾ MAREZOLI, *Dissert. cit.*, nel *Magazzino* di LÖHR e GROLMANN, vol. 4. p. 168 seg.

⁵⁰⁾ *Tabularii* e *notarii* eran diversi presso i Romani: L. 11 Cod. *qui pot. in pignore*, 8, 17. Vedi il § 1081 nota 80, 82 di questo *Commentario*, vol. 18 (pagina 280 dell'edizione originale tedesca). Ma poichè i *tabularii* erano presso i Romani anche persone pubbliche che preparavano pubblici istrumenti facienti pubblica fede, così essi somigliavano ai nostri odierni notari. Presso i Romani però vi erano varie specie di *tabularii*, alcuni a servizio delle città, altri per gli affari giudiziari (vedi § 764 nota 93 di questo Trattato); onde alcuno, come il WALCH, *Dissertatio de inventarii hereditatis forma*, Jena 1774, § 7 nota a, ha creduto che per il testamento si usassero solo i *tabularii civilium*; ma la nostra legge come anche la L. 22 Cod. *de iure deliberandi* 6, 30 parlano di un *tabularius* in genere e per ciò non è il caso qui di far distinzioni.

⁵¹⁾ KOEHNEN, *Diss. cit.* cap. II sect. 1 § 3 n. 3. È pertanto contraria alle parole evidenti della legge l'opinione di STRYKIO (*de cautelis testamentorum*, cap. IV § 5) e di BRUNNEMANN (Ad L. 8 Cod. *qui test. facere possunt*, n. 14. 15) i quali ritengono ciò per arbitrario.

⁵²⁾ L. 26 Cod. *de testam.* 6, 25.

nei testamenti ogni *formalis observatio*, dichiarando sufficiente che il testatore manifesti senz'altro la propria ultima volontà ai testimoni a tal fine riuniti senza necessità di premettere la dichiarazione « ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit ».

Le opinioni degli scrittori sono discordi ⁵³). Taluni ⁵⁴) si son veramente indotti a credere per ciò superflua quella vecchia prescrizione anche pel testamento del cieco. Ma poichè è cosa per sè naturalissima che in un testamento nuncupativo innanzi tutto si avvertano i testimoni di averli radunati per testare oralmente davanti a loro, sembra che GIUSTINIANO debba colla sua costituzione aver voluto abolire piuttosto la necessità di determinate formule solenni fino allora in uso (*formalia verba*) che la necessità della dichiarazione stessa. Si aggiunga che GIUSTINIANO ha confermato senza modificazione la costituzione di GIUSTINO anche nelle Istituzioni, le quali sono posteriori alla sua stessa costituzione. Ogni dubbio però è escluso dall'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I, perocchè questa, mentre per il testamento nuncupativo ordinario richiede solo che i testimoni siano chiamati a tal uopo ⁵⁵), pel testamento del cieco prescrive due volte che i sette testimoni siano chiamati e fatti consapevoli dello scopo per cui sono chiamati ⁵⁶). In seguito il testatore deve nominare gli eredi che intende istituire, non solo, ma anche far conoscere le

⁵³) Le varie opinioni sono riferite da STRYKIO, *de cautelis test.* cap. IV § 9.

⁵⁴) STRYKIO, loc. cit. — KOEHNEN, *Diss. cit.* c. 2.^a sect. 1 § 4. Si possono mettere accanto a questi tutti quegli scrittori che non han fatto cenno di un tal requisito nel testamento del cieco, come ad esempio HOEPFNER, *Commentario alle istituzioni di Fincocio*, § 469. — SCHWEPPE, *Diritto privato romano* (Roem. Privatrecht) § 518. — HUFELAND, *Trattato di diritto civile comune o sussidiario* (Lehrbuch, ecc.) vol. II, § 1170. — VALLETT, *Trattato pratico del diritto delle Pandette* (Lehrbuch des practischen Pandectenrechts) vol. III § 974.

⁵⁵) Tit. I, *Dei testamenti*, § 8.

⁵⁶) Ordinanza notarile loc. cit. § 9. — LÖHR, *Sguardo alle costituzioni degli imperatori romani riguardanti il diritto privato da Teodosio II e Valentiniano III a Giustiniano* (Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen, ecc.) Wetzlar 1812, pag. 99. — MUEHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III § 479, pag. 75 e in specie MAREZOLL, *Osservazioni cit.* n. 3 nel *Magazzino* di LÖHR e GROLMANN, IV, pag. 169-72.

persone di essi con la maggior determinazione delle loro caratteristiche e con l'indicazione precisa di tutti gli altri contrassegni in modo che sian sicure le persone da lui designate nè possa sorgere su di esse alcun dubbio. Parimente egli deve indicare con precisione la quota creditaria attribuita a ciascuno e determinare i legati e i fedecommissi e ciò che deve spettare ad ogni legatario e fidecommissario. L'istituzione di erede suole poi anche in questa specie di testamento precedere le disposizioni di legati, ma non è un requisito particolare per esso; ond'è che anche se i legati fossero ordinati prima dell'istituzione d'erede ciò non costituirebbe un vizio, nulla importando per la certezza della volontà, che solo in esso si richiede, l'ordine delle disposizioni ⁵⁷⁾.

Dopo che il cieco ha così espressa la sua ultima volontà chiaramente e con precisione in una lingua intelligibile al notaro e a ciascuno dei testimoni, quest'ultimo essendo requisito essenziale di ogni testamento nuncupativo ⁵⁸⁾, essa deve esser redatta in iscritto in presenza dei sette testimoni dal notaro o dall'ottavo testimone che ne fa le veci, e sottoscritta poi e segnata col proprio sigillo da tutti; e ciò deve avvenire nello stesso contesto di luogo e di tempo; ma non è necessario per la legge che lo scritto sia poi letto al cieco ⁵⁹⁾. Se il cieco abbia già fatto redigere in iscritto da altri le sue ultime volontà, ciò che la legge gli concede perchè, come dice l'imperatore GIUSTINO, la debolezza umana disturbata dal pensiero della morte non facilmente rammenterebbe tutte le disposizioni da fare, questo scritto dovrà poi, in seguito alla dichiarazione del testatore di voler testare dinanzi ai sette testimoni, esser letto a questi ultimi ed a

⁵⁷⁾ Ciò è conforme anche al § 34 I. *de legatis*, 2, 20. — Vedi Fern. VASQUIUS, *Controv. illustr.*, lib. III cap. 103 n. 10, pag. 870. — STRYKIO, *De cautelis testamentorum*, cap. IV § 8. — KOEHNEN, *Diss. cit.*, cap. II, sect. 1, § 4, pag. 38.

⁵⁸⁾ Vedi MAREZOLL, loc. cit., pag. 172 segg.

⁵⁹⁾ Alcuni ritengono necessaria la lettura; ad es. il NETTELBLADT, *Dissertatio de testamento nuncupativo in scripturam redacto*, § 20, il WERNHER, *lectiss. Comment. in Pandectas*, Pars II, h. t. § 7, il WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sect. II cap. 4 membr. 3 § 23 e l'HÖPFNER, *Commentario alle Istituzioni di Fineccio* (*Commentar über die Heineccischen Institutionen*) § 469.

lui medesimo dal notaro o dall'ottavo testimone che ne fa le veci affinchè il contenuto ne sia noto anche ai testimoni; e tosto che in appresso il testatore abbia riconosciuto e ratificato le disposizioni di cui gli fu data lettura, il notaro o l'ottavo testimone che ne fa le veci dovrà sottoscriverlo e contrassegnarlo del suo sigillo insieme coi sette testimoni. In questo caso adunque la lettura e l'approvazione del testamento è necessaria tanto che la sua mancanza annullerebbe il testamento ancorchè l'esattezza di esso potesse dimostrarsi per altra via ⁶⁰). L'ordinanza notarile non prescrive però che la lettura debba farsi proprio dal notaro o dall'ottavo testimone; il testatore può benissimo incaricarne anche un terzo ⁶¹). È però da notarsi che la sottoscrizione del notaro e dei testimoni deve farsi appunto alla fine di tutto il documento del testamento. Ciò è detto chiaramente non solo nella costituzione dell'imperatore GIUSTINO, « et in fine subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium prout dictum est quam tabularii », ma lo dichiara in modo anche più preciso l'ordinanza notarile con la disposizione che il notaro ed i testimoni debbano sottoscrivere ed apporre il loro sigillo alla fine ossia nell'estremo spazio dell'istrumento. Negli altri testamenti ordinarii il luogo della sottoscrizione non è così puntualmente indicato, essa deve venire *in reliqua parte testamenti*, in qualunque punto cioè del testamento; perciò il testamento può anche essere presentato chiuso ai testimoni in modo che questi non lo sottoscrivano propriamente, ma piuttosto appongano la loro firma al disopra di esso ⁶²). Anche nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I è detto che il testatore deve fare sottoscrivere i testimoni in un luogo del testamento ⁶³). Giustamente il MAREZOLL ⁶⁴) ha notato questa differenza fin qui passata inosservata.

⁶⁰) BOEHMER, *Dissertatio de testamento non praelecto*, § 5 (nelle *Exercitationes ad Pandectas*, tomo IV, pag. 904). — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V spec. 318 med. 2.^a e in specie WALCH, loc. cit.

⁶¹) GROLMANN, *Commentatio de necessaria ultimarum voluntatum praelectione*, Giessae 1751 cap. II § 6. — KOEHNEN, *Diss. cit.*, cap. II sect. 1 § 8 n. 4.

⁶²) L. 21 pr. Cod. de testam. 6, 23.

⁶³) Titolo: *dei testamenti*, § 7.

⁶⁴) Loc. cit. *Osservazione II*, pag. 166 seg.

Questa forma di testamento deve seguirsi soltanto quando il cieco testa stragiudizialmente: nei testamenti giudiziali essa non occorre ⁶⁵⁾. Se però il cieco ha fatto precedentemente scrivere la sua ultima volontà da un altro e depone questa scrittura in tribunale è necessario per la certezza e la validità di essa che sia letta dall'ufficiale giudiziario che riceve il testamento e approvata dal cieco come sua ultima volontà ⁶⁶⁾.

È molto discusso se anche per il codicillo di un cieco si debbano eseguire le stesse forme e se occorran per questo gli otto testimoni quando non si possa trovare un notaro, o se al contrario non bastino cinque testimoni più un notaro o un sesto testimonio in mancanza di esso. Le opinioni erano già diverse fra i glossatori ⁶⁷⁾ e anche fra i moderni seguitano ad esserlo. È da credere che senza alcun dubbio anche nel codicillo di un cieco si debbano osservare le stesse formalità che si richiedono per il testamento del cieco. La costituzione dell'imperatore GIUSTINO lo dice espressamente:

« Quae in eundem modum erunt observanda quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda ».

È ancor più chiaramente è ciò detto nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I, al titolo dei testamenti § 11.

Questa forma deve seguirsi non solo nel testamento del cieco, ma anche nei suoi codicilli ed in ogni altra sua dichiarazione di ultima volontà.

Pertanto il LÖHE ⁶⁸⁾ dice giustamente che questa disputa su di un punto che la semplice lettera della legge risolve senza dubbii

⁶⁵⁾ LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand. h. t.* § 35 in fine. — STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. IV § 24. — KOEHNEN, *Diss. cit.*, cap. II sect. I § 16.

⁶⁶⁾ STRYKIO, loc. cit. — GROLMANN, *Comm. cit.*, cap. III, 58. — KOEHNEN, *Diss. cit.*, cap. II sect. I § 16.

⁶⁷⁾ Vedi la Glossa ad L. 8 Cod. *qui test. facere possunt*.

⁶⁸⁾ *Brevi osservazioni sul diritto delle successioni* (Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts) Oss. 1, nell'*Archivio della pratica civile* (Archiv für die civilistische Praxis) di GENSLER, MITTERMAIER e SCHWEITZER, vol. II, pag. 187.

non fa grande onore ai nostri giuristi. Infatti i migliori dei nostri scrittori⁶⁹⁾ non si allontanano dalla lettera della legge ed il BERGER⁷⁰⁾ cerca anzi di dare un maggiore valore a questa opinione osservando che essa è stata accolta anche nella pratica. Tuttavia si sono sollevati contro di essa dubbii non senza valore e si è formata una opinione opposta secondo la quale nelle disposizioni codicillari del cieco non si richiedono che cinque testimoni ed il notaio, o in sua vece un sesto testimonio⁷¹⁾. Si dice a sostegno di questa opinione che l'imperatore GIUSTINO non ha voluto aumentare pel testamento del cieco il numero dei testimoni necessario nei testamenti ordinarii, ma ha solo voluto aggiungere a questo l'intervento di un notaio o in suo difetto di un ottavo testimone: *Scilicet praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est*. Poichè dunque nulla è cambiato in riguardo al numero dei testimoni nel testamento d'un cieco deve anche secondo quegli scrittori ammettersi sino a prova contraria che l'imperatore GIUSTINO non abbia voluto

⁶⁹⁾ VASQUIUS, *Illustr. controuv.*, III cap. 103, n. 15, pag. 871. — WISSENBACH, *Commentarii in libros VII priores Cod.* Ad L. 8 Cod. qui test. facere poss., pag. 539. — CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, Pars III const. VI def. 5, pag. 739. — KERSTEN, *Diss. cit.*, de visu privatis eorumque iuribus, § 15, pag. 31. — THIBAUT, *Pandette* (System des Pandectenrechts) vol. II § 783 nota f. — MUEHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III § 500 nota 5. — MACKELDEY, *Trattato di diritto romano attuale* (Lehrbuch des heutigen röm. Rechts) § 701 nota d. — VALETT, *Trattato pratico del diritto delle Pandette* (Lehrbuch des practischen Pandectenrechts) vol. III § 1112.

⁷⁰⁾ *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4 th. 10, pag. 384, ediz. Haubold.

⁷¹⁾ CUIACIO, *Comm. ad tit. 22 libri VI Codicis, qui test. facere possunt*, in MEYER, *Collegium argentorat.*, XIX, 7 § 14. — STRYKIO, *Cautsiae testamentorum*, cap. IV § 14 e *de iure sensuum* Diss. II cap. 3.^o n. 25-32. — STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exercit. 36 th. 57. — BOEHMER, *Dissertatio de codicillis sine testibus validis*, cap. I § 35 nelle sue *Exercitationes ad Pandectas*, tomo V, pag. 141. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sect. II, cap. 4, membr. 3 § 43. Lo stesso WALCH, però, nelle note ad HOPPE, *Comm. ad Inst.* § 4 quibus non est perm. facere test., nota a, sostiene contro HOPPE l'opinione opposta. — KOEHNEN, *Diss. de forma testamenti externa a coeco observanda*, cap. II, sez. 2.^a § 2. — WERNHER, *Disquisitio de testamentis et codicillis privilegiariis*, Norimberga 1780 §§ 132, 155. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, II, 1569 nota c. — WESTPHAL, *Testamenti*, § 43, pag. 34. — WENING-INGENHEIM, *Diritto civile comune* (Lehrbuch des gem. Civilrechts) vol. II libro 5, § 486, pag. 259 della 5.^a ediz.

fare alcun mutamento neppure pel numero dei testimoni richiesti nel codicillo. Nè si potrebbe in modo alcuno argomentare in senso contrario dalle parole *quae in eundem modum erunt observanda*, perocchè queste si riferiscono esclusivamente alle particolarità del testamento del cieco, cioè alla necessità dell'intervento di un notaro o in suo difetto di un ottavo testimonio, della redazione in iscritto dell'ultima volontà del testatore e della sottoscrizione e apposizione del sigillo per parte dei testimoni. Ma in nessun modo se ne può concludere che GRUSTINO abbia voluto anche nei codicilli gli otto testimoni: egli non prescrive lo stesso numero dei testimoni, ma lo stesso *modus*: esattamente pertanto, secondo gli scrittori di cui ci occupiamo, le parole *quae in eundem modum observanda* sono tradotte nella ordinanza notarile con le parole « seguire la stessa forma ». Si deve dunque concludere con maggior ragione che lo stesso rapporto che corre fra il codicillo ed il testamento di un veggente corre anche fra il codicillo ed il testamento di un cieco e come nel testamento di un cieco si richiede soltanto un testimonio di più, così anche per il codicillo di un cieco basta l'aggiunta di un sesto testimonio. Ma questi argomenti, per quanto sian sembrati gravi ad un ingegno acuto come il BACHOVIO ⁷²), non sono fondati sulle espressioni della legge. L'argomentazione che si fa dal rapporto fra il codicillo e il testamento di un veggente è evidentemente erronea. Pel caso del testamento del cieco tutto è indirizzato ad ottenere una piena certezza della volontà del testatore: e questo appare chiaro dalle ultime parole della costituzione romana « *sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus* ». Che poi questa ultima volontà del cieco sia un testamento o un codicillo è del tutto indifferente e che le parole « *quae in eundem modum erunt observanda, etc.* » significhino che « nel codicillo di un cieco devono osservarsi le medesime identiche formalità » è provato anche dalla disposizione del § 11 dell'ordinanza notarile.

« Questa forma deve seguirsi non solo nel testamento del cieco,

⁷²) *Notae et animadversiones ad Treutlerum*, vol. II, diss. 10, th. 3, lit. f, pag. 533. — Vedi anche SCHWEPPE, *Diritto privato romano* (Roemisches Privatrecht) § 890, pag. 7219 della 5.^a ediz.

ma anche nei suoi codicilli ed in ogni altra sua dichiarazione di ultima volontà ».

Se anche per riguardo al cieco sussistesse la differenza fra testamento e codicillo circa il numero dei testimoni, ciò avrebbe dovuto determinarsi con maggior precisione, si sarebbe cioè dovuto dire che oltre i cinque soliti testimoni era necessario un notaro o in difetto di questo un sesto testimone. La vera differenza fra testamento e codicillo non consiste però nel numero dei testimoni e non è quindi abolita in questo riguardo, come chiaramente risulta dalle seguenti parole della legge:

« Quamvis non heredes instituere, sed legata vel fideicommissa, et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda ».

Non posso passare sotto silenzio un argomento che si è tratto dai *Basilici* ⁷³⁾ per l'opposta opinione:

Ἐν τυφλῷ ἀγράφως διατίθεται. πρὸντων ἢ ἑ μάρτύρων καὶ ταπουλλαρίου, etc.
« Si caecus citra scripturam testamentum faciat, praesentibus septem vel quinque testibus et tabulario ».

Si crede che le parole *ἢ ἑ vel quinque* si riferiscano ai codicilli. Lo STREYKIO ⁷⁴⁾ e il WERNHER ⁷⁵⁾ hanno dato un gran peso a questo argomento, ma evidentemente essi si sono ingannati. Nelle citate parole dei *Basilici* si parla soltanto del testamento del cieco e le parole *ἢ ἑ μάρτύρων* si riferiscono alla costituzione dell'imperatore LEONE il Filosofo, la Novella 41, per la quale un testamento si può fare validamente tanto davanti a cinque quanto davanti a sette testimoni. Ond'è che anche in Costantino ARMENOPULO ⁷⁶⁾ la nostra costituzione suona:

Ἐὰν ἔχῃτω ὁ τυφλός, εἴτε ἐκ γενέτης ἢ ἀπὸ νόσου ἄρχοντος δεσφάτην ποιεῖν, ἐπὶ ἢ πάντε μάρτυρες συγκαλῶν. « Caecus, sive a partu sive a morbo te-

⁷³⁾ Lib. XXV, tit. 3 const. 8.

⁷⁴⁾ *De iure sensuum*, Diss. II, cap. 3, n. 32 pag. 114.

⁷⁵⁾ *Lectissimae commentationes in Pandectas*, Pars II, lib. XXIX tit. 7 § 11 pag. 767.

⁷⁶⁾ Πρώχειρον νόμων, seu *Manuale legum*, V, 1, 20 nel supplemento del MEERMAN, *Thesaurus*, pag. 273.

stamenti faciendi habeat facultatem, septem aut quinque testibus convocatis ».

In coerenza a quella Novella anche ARMENOPULO ⁷⁷⁾ espone il principio vigente comunemente ai suoi tempi fra i Greci:

Οὐ μόνον δὲ ἐπτά, ἀλλὰ καὶ πέντε παραλαμβάνονται μάρτυρες ἔντε ἐγγράφῳ καὶ ἀγράφῳ πάσῃ διαθήκῃ, βεβαιῶν αὐτὴν περιστώσιν. « Nec septem tantum sed et quinque testes adsumpti tunc in scripto tunc in nuncupativo quolibet testamento firmum id reddunt ».

Dei codicilli si parla nei *Basilici* solo in fine del testo:

Τὸ δὲ αὐτὸ ἔσω, καὶ μὴ διαθήκην ἀλλὰ κωδικίλλον βούληται ποιῆσαι. « Idem esto, quamvis non testamentum sed codicillos ordinare voluerit ».

Da ciò la nostra opinione piuttosto che indebolita viene dunque confermata.

Mi sembra infine fuor di dubbio che anche per le donazioni a causa di morte fatte da un cieco si richieda la stessa forma, perchè esse sono disposizioni di ultima volontà e sono parificate ai legati, non ostante che alcuni scrittori siano di opinione diversa ⁷⁸⁾.

È invece discusso se tale forma si applichi ai testamenti privilegiati, per esempio al caso di un padre cieco che testi a favor dei suoi figli. I più ⁷⁹⁾ sostengono che a tali testamenti non sia applicabile la disposizione dell'imperatore GIUSTINO; e concedono al cieco gli stessi privilegi riguardo alla forma del testamento che sono concessi al veggente, soltanto per cautela si potrebbe secondo loro richiedere un testimone di più e così nel caso del padre cieco che testi a favore dei figli basterebbero tre testimoni ⁸⁰⁾. Essi dicono che

⁷⁷⁾ L. c. n.° 35, pag. 176 seg.

⁷⁸⁾ STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. IV § 15, 16. — FABRO, *Codex definitionum*, lib. VI, tit. 5 def. 28 in fine. — KOEHNEN, *Diss. cit.*, cap. II sect. 2 §§ 6, 7.

⁷⁹⁾ CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, Pars III, const. VI, def. 5, n. 5-6. — SANDE, *Decisiones Frisicae*, lib. IV, tit. 1 def. 8. — STRYKIO, *Cautelae testam.*, cap. IV §§ 17-22. — HUBERO, *Praelectiones ad Pandectas* h. t. § 5. — WERNHER, *Lectissimae commentationes in Pandectas*, Pars II, lib. 29 tit. 7 § 19 pag. 707-13. — KOEHNEN, *Diss. de forma testamenti a coeco observanda*, cap. II, sect. 1 § 10-15.

⁸⁰⁾ MUELLER, *Ad Struvium*, exercitatio 32 th. 18 lit. o, n. 2, pag. 673 e AERTZSCH, *Diritto di successione* (Erbrecht) § 67.

questi privilegi hanno per loro fondamento una legge generale, la L. 8, alla quale non si può derogare. Aggiungono che la L. 8 parla soltanto dei testamenti solenni dei ciechi, come appare dalle parole « *praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est* », e che non ha voluto disporre pei testamenti meno solenni. Ma GIUSTINIANO nel § 4 I. *quibus non est perm. fac. test.* dice in modo decisivo:

« *Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex divi Justinii patris mei introduxit* ».

Se dunque un cieco non può fare testamento senza osservare quanto ha disposto la legge dell'imperatore GIUSTINO, egli non può senza l'osservanza delle forme ivi prescritte fare neppure un testamento meno solenne, massime poi se, come nel testamento dell'ascendente a favor dei figli, sia richiesto per forma essenziale che il testatore scriva di propria mano il contenuto principale del testamento⁸¹⁾ e quindi si trovi nell'impossibilità di seguire la forma stessa del testamento privilegiato.

Ciò è pure confermato dall'Ordinanza notarile al § 11 loc. cit. colla disposizione che « questa forma deve seguirsi non solo nel testamento del cieco, ma anche nei suoi codicilli *ed in ogni altra sua disposizione di ultima volontà* », dalla quale pertanto è confutato l'argomento che la legge parli soltanto del testamento *solenne* del cieco.

Non senza ragione adunque il WISSENBACH⁸²⁾, il PACIO⁸³⁾, il CRAMER⁸⁴⁾, Giovan F. RUVINO⁸⁵⁾ e Andrea F. RIVINO⁸⁶⁾, applicano la costituzione dell'imperatore GIUSTINO anche ai testamenti privilegiati.

Quella costituzione del resto permette al cieco di dare il documento

⁸¹⁾ Nov. 107, cap. 1.

⁸²⁾ *Comm. ad L. 8 Cod. qui test. facere possunt*, pag. 539.

⁸³⁾ *Analysis Institutionum*, ad § 4 I. *quibus non perm. facere test.*, pag. 241, Lugduni 1638.

⁸⁴⁾ *Contributi di Wetzlar* (Wetzlarische Beiträge) parte IV, n. 2, pag. 38 seg.

⁸⁵⁾ *Dissertatio de testamento parentum inter liberos coram duobus testibus condito respectu aliarum personarum invalido*, Lipsia 1726, § 22.

⁸⁶⁾ *Dissertatio de testamento parentum privilegiario solenne prius conditum non infirmante*, Vitemberga 1754, §§ 15-17.

della sua ultima volontà così manifestata in custodia ad uno dei testimoni a sua scelta ^k).

§ 1406 e.

Testamento di colui che non sa scrivere.

Col testamento d'un cieco ha una certa analogia il testamento di colui che non sa scrivere o che al tempo della confezione di esso sia incapace di sottoscrivere, in quanto tale testamento quando sia fatto per iscritto richiede oltre i sette testimoni ordinari anche un ottavo che faccia le veci del testatore per la sottoscrizione e che perciò è chiamato *octavus subscriptor* ⁸⁷⁾. Evidentemente però vanno troppo oltre quegli scrittori i quali come il nostro HELLFELD parificano il testamento di colui che non sa scrivere a quello del cieco anche per ciò che riguarda la necessità della lettura dell'atto e della conferma del suo contenuto per parte del testatore ⁸⁸⁾. Si dice che anche il giudice nel testamento che gli venga consegnato da una persona che non sa scrivere non possa riceverlo se prima non ne

⁸⁷⁾ L. 21 Cod. *de test.* 6, 23. « Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus ». L. 28 § 1 Cod. *eod.* Vedi in seguito § 1415.

⁸⁸⁾ CARPZOVIO, Pars II, dec. 149. — STRYKIO, *Dissertatio de iure ἀναλφάβητων*. Francoforte 1677, nelle sue *Dissertationes*, vol. III n. 15, cap. IV n. 24. — BOEHMER, *Diss. de testamento non praelecto* §§ 10-44, nelle sue *Exercitationes ad Pandectas*, tomo IV, pag. 908 segg. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II set. 4 nota 2, pag. 369, ediz. Haubold. — SEUTTER, *Dissertatio de testamento analphabeti*, Altdorf 1710, § 11 segg. — CRAMER, *Observationes iuris universi*, tomo IV, obs. 1131. — KIND, *Quaestiones forenses*, tomo I, cap. 91. — GROLMANN, *Comm. de necessaria ultimarum voluntatum praelectione*, cap. II § 8, cap. III § 2. — MUELLER, *Dissertatio de subscriptione testatoris analphabeti per cruces*, praeside Weesen def. Würzburg 1778, § 30.

^k Com'è noto, pel diritto vigente il cieco è pienamente capace di testare, senza necessità di alcuna forma speciale, nelle forme ordinarie ammesse dal codice civile. Il progetto PISANELLI stabiliva bensì all'art. 804 che quando il testatore fosse cieco dovesse, nel testamento per atto di notaio, aggiungersi un testimonio ai due o quattro prescritti dalle legge, ma la Commissione coordinatrice sopprime questa reminiscenza del diritto romano giustiniano. Cfr. il Verbale n.º 36 della seduta 12 maggio 1865, nel *Codice civile* edito dal GIANZANA.

abbia data lettura al testatore e questi l'abbia confermato⁸⁰⁾. Siamo però d'accordo nel ritenere che se il testatore non sappia scrivere ma sappia leggere non sia necessaria la lettura del testamento⁸⁰⁾. Si suppone dunque un testatore che non sappia nè leggere nè scrivere, un analfabeta o *illiteratus*. Neppure può essere dubbio che se un tale analfabeta abbia dettato la sua ultima disposizione all'ottavo testimone in presenza degli altri sette la lettura sia superflua, perocchè in tal caso neppure pel testamento di un cieco le leggi richiedono la lettura: il testamento è in tale ipotesi un semplice testamento nuncupativo *in scripturam redactum*.

La disputa nasce propriamente per sapere se almeno nel caso di un testatore il quale, non sapendo nè leggere nè scrivere, abbia fatto scrivere la sua ultima volontà da un altro e poi la consegna al tribunale oppure proceda all'atto solenne di testamento stragiudizialmente, sia necessaria la lettura e la conferma di essa per la piena certezza della volontà del testatore. Questo è ritenuto da molti scrittori cosa indubitata ed evidente, imperocchè la natura stessa delle cose insegna secondo loro che non è possibile alcuna certezza giuridica dell'ultima volontà del testatore senza la lettura del testamento. Ciò salta agli occhi, a parer loro, in modo anche più evidente nel testamento giudiziale. Come potrebbe infatti l'ufficiale giudiziario attestare che il testamento consegnatogli contiene la volontà del testatore senza la lettura e la conferma di esso? Questi argomenti però sono stati confutati in modo così completo ed esauriente dal THIBAUT⁸¹⁾ che io non saprei dopo tale confutazione attribuire più loro alcun valore. Perchè non si dovrebbe credere all'assicurazione dell'illetterato che il testamento, ch'egli consegna al giudice o presenta per la firma ai testimonii, sia il suo, mentre egli ha a sua disposi-

⁸⁰⁾ STRYKIO, *De cautelis testamentorum*, cap. IV § 26 in fine. — WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tomo I, Pars IV obs. 64. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sect. II cap. 4 memb. 3 § 24.

⁸⁰⁾ CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, loc. cit. n. 8. — BERGER, loc. cit. — SEUTTER, *Dis. cit.* § 8-10.

⁸¹⁾ *Sui testamenti di coloro che non sanno scrivere* (Ueber Testamente der Schriftunkundigen) nell'*Archivio della pratica civile* (Archiv für die civilistische Praxis) di LÖHR, MITTERMAIER e THIBAUT, vol. VI, n. 12, pagine 226-237.

zione tutti i mezzi per procurarsi la piena convinzione che la scrittura corrisponda al suo volere? Non è da temere facilmente una falsità perocchè il testatore si sarà certamente servito per la trascrizione della sua ultima volontà di una persona a lui nota come onesta, e in ogni caso è sempre ammessa la prova del falso. D'altronde, bisogna distinguere ciò che la prudenza e l'oculatezza possono consigliare al testatore da ciò che costituisce solennità prescritta dalla legge. Per escludere ogni dubbio intorno alla sicurezza dell'ultima volontà del testatore e dare a questa la più sicura e pronta efficacia non si deve tralasciare la lettura, ma questa non può essere considerata come un requisito necessario del testamento dell'analfabeta. Se così fosse questo sarebbe un requisito formale e per conseguenza se anche apparisse chiaro che il testamento derivasse dalla persona stessa del testatore e che il suo contenuto fosse la disposizione di una volontà libera e chiara del testatore, tuttavia il testamento sarebbe invalido pel difetto di quella formalità. Il vero è che la lettura del testamento è rimessa al puro arbitrio e alla cautela dei privati ed è piuttosto diretta a fornire una prova più sicura della volontà, di guisa che essa appartiene al diritto materiale nel quale rientra l'apprezzamento più libero e più illimitato delle varie circostanze di fatto ⁹²⁾. Questa nostra affermazione, che cioè la lettura e la conferma del testamento dell'analfabeta appartengano al diritto materiale e non al formale, si prova facilmente. La sopra citata L. 21. Cod. de testamentis 6, 23 degli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO ⁹³⁾ determina la forma del testamento scritto.

⁹²⁾ DERNBURG, *Contributi alla storia dei testamenti* (Beiträge zur Geschichte der Testamente) § 21 pag. 128 seg.

⁹³⁾ Vedi *Novellae constitutiones imperatorum Iustiniano anteriorum collectae* a I. D. RITTERO, aggiunte al codice Teodosiano edito da GOTOFREDO, tomo VI, parte II, lib. 29, pag. 29. — HUGO, *Jus civile anteiustinianaeum*, tomo II, lib. I, tit. 10, pag. 1251 seg. Le parole della L. 21 Cod. de test. 6, 23 cui qui si accenna sono le seguenti:

« Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre

Non occorre in questo che i testimoni conoscano il contenuto del testamento, *si nullum scire volunt (sc. qui testamentum conficiunt) ea quae in eo scripta sunt*. Il testatore deve soltanto presentar loro il testamento, dichiararlo per suo e sottoscriverlo in presenza loro di propria mano. I testimoni debbono in seguito sottoscrivere e contrassegnare col loro sigillo il testamento tutti nel medesimo contesto di tempo, nè deriva alcuna nullità dal fatto che i testimoni non conoscano il contenuto del testamento. La legge passa poi al caso che il testatore non possa scrivere e dice che anche in questo devono osservarsi le medesime identiche prescrizioni, colla sola modificazione che si richiede un ottavo testimone il quale sottoscriva invece del testatore. Qui avrebbe dovuto dirsi che il testamento deve esser letto al testatore e da questo confermato, ma la legge non ne parla. Anzi, dalle parole *eadem servari decernimus* appare esser sufficiente anche in tale testamento che egli dichiari ai testimoni che l'atto loro presentato contiene la sua ultima volontà e questi poi lo sottoscrivano e lo muniscano del loro sigillo. Se la lettura fosse stata necessaria il legislatore non avrebbe potuto parlare in questo modo; nè del resto egli avrebbe potuto prescrivere una tal lettura la quale avrebbe avuto per effetto di portare il contenuto del testamento a cognizione dei testimoni, mentre ciò si vuole evitare nel testamento scritto. Evidentemente il legislatore si sarebbe così posto in contraddizione con sè stesso. È perciò che al legislatore è indifferente che il testatore sia analfabeta, oppure sappia scrivere, ma ciò gli sia impedito da malattia.

Da quanto abbiamo fin qui detto appare nella sua piena nudità la infondatezza della analogia che si trae dal testamento del cieco e quello dell'illetterato. Basta notare che il cieco non può testare che oralmente e l'illetterato può testare anche per iscritto. Anche l'im-

signandam et subscribendam dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur ei que ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere; nec ideo infirmari quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento. Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem observari decernimus ».

peratore LEONE nella novella 69 fa notare la differenza fra la L. 8 Cod. *qui testamenta facere possunt* 6, 22 e la L. 21 Cod. *de testamentis* 6, 23 e dice molto chiaramente che fra il testatore che sa scrivere e quello che non sa scrivere c'è questa sola differenza, che l'ultimo quando testa per iscritto deve ricorrere ad un altro perchè firmi in vece sua ⁹⁴). Questa opinione più esatta è difesa da SCHILTER ⁹⁵), PUFENDORF ⁹⁶), LEYSER ⁹⁷), HOPACKER ⁹⁸), KOEHNEN ⁹⁹), WINKLER ¹⁰⁰), WEBER ¹), WENING-INGENHEIM ²).

§ 1407.

Mancanza dello « status » richiesto per testare.

Secondo il diritto romano può testare soltanto colui che è *civis* e *sui iuris* ³).

Sono pertanto incapaci di testare:

1.° gli schiavi ⁴). Questi non hanno personalità giuridica e neppure possono lasciare un'eredità ⁵). Essi pertanto non possono nep-

⁹⁴) Queste sono le sue parole: μηδὲν ἕτερον ἀκριβολογούμενος ἢ τὸ αὐτὸν διατιθέμενον, εὖκ ὄντα μὲν ἑμαυτῇ γραμμάτων, οἰκτιρὺς ὑπογραφεὶ τὴν διάταξιν ἀσφαλίζεσθαι. εἰ δ' ἐκεῖνος πέριχεν τὴν τοιαύτην ἀσφάλειαν ἄλλον αὐτῷ ἑαυτοῦ πρὸς τὴν ὑπογραφὴν παραλαμβάνειν.

⁹⁵) *Praxis iuris romani*, Exerc. 38 ad § 43.

⁹⁶) *Animadversiones iuris*, an. 76.

⁹⁷) *Meditationes ad Pandectas*, vol. V spec. 353 med. 4.

⁹⁸) *Principia iuris civilis romani germanici*, tomo II § 1265 in fine.

⁹⁹) *Dissert. de forma testam. externa a coeco observanda*. Capo II. Sect. I § 9 nota k.

¹⁰⁰) *Programma de praelectione iudiciali in testamento illiterati haud necessaria*, Lipsia 1789.

¹) *Spiegazioni delle Pandette* (Erläuterungen der Pandekten) parte II § 1406, pag. 217.

²) *Trattato di diritto civile comune* (Lehrbuch, ecc.) vol. II, libro V, § 447, pag. 184 della 3.^a ediz.

³) GAIUS I, 22, 23, 25. III, 75. — ULPIANO XX, 10 14 L. 1 pr. Dig. *Ad legem Falcidiam*, 35, 2. — DONELLO, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 5 §§ 3, 4.

⁴) L. 16 pr. L. 19 Dig. h. t. 28, 1.

⁵) ZIMMERN, *Programma del diritto ereditario* (Grundriss des Erbrechts), Appendice, pag. 49.

pure fare un valido testamento sul loro peculio, posto anche che il padrone lo permetta loro; ed è rimesso al puro arbitrio del padrone il dare o no esecuzione a una tale ultima volontà dello schiavo ⁶⁾. Si fa soltanto eccezione pei *servi pubblici*. Sotto tal nome i Romani designavano i servi che appartenevano allo Stato ad una città o un municipio, e che erano adibiti a servigi pubblici, religiosi o civili, o anche giudiziali e talvolta anche all'esecuzione delle sentenze di morte ⁷⁾. Ma eran soli i *servi publici populi Romani*, gli schiavi dello Stato, quelli a cui era concesso di testare sulla metà del loro patrimonio, il quale però era sotto tutti gli altri riguardi considerato un peculio proprietà dello Stato ⁸⁾.

⁶⁾ Cecilio PLINIO racconta nelle sue *Epistolae* VIII, 16 un esempio accaduto a lui medesimo. Piange sui casi di morte dei suoi schiavi e si rammarica di aver loro concesso *quasi testamenta facere*, soggiungendo « *eaque ut legitima custodio* ». Vedi TREKELL, *Tractatus de origine atque progressu testamenti/actionis*, cap. III § 62 pag. 205. — G. ESTOR, *Del quasi-testamento* (Von dem quasi-Testamente) nei suoi *Nuovi piccoli scritti* (Neue kleine Schriften) Marburg 1762, n. 73 pag. 708-11.

⁷⁾ LIVIO, XXVI, 47. — PLINIO, *Epistolae* X, 30, 31. — LIVIO, IX, 29, XLIII, 16. — TACITO, *Hist.* I, 43, 3. — GELLIO, *Noctes atticae*, XIII, 12. — CICERO, *Philip.* XIII, 12. — VELLEIO PATERCOLO, XI, 19, 2. — Vedi P. PITHOU, *ad mosaicarum et romanarum legum Collationem*, tit. V, nota 4, in SCHULTING, pag. 755. — PITISCI, *Lexicon antiquitatum Romanarum*, tomo III, pag. 425. — CANNEGIETER, *de mutata romanorum nominum sub principibus ratione*, Traiecti ad Rhenum 1758, pag. 45.

⁸⁾ ULPIANO, XX, 16. « *Servus publicus populi romani partis dimidia testamenti facienti habet ius* ». Così secondo la più esatta lezione in HUGO, *Jus civile ant.* I, pag. 62, perocchè la lezione dello SCHULTING, *Iurisprud. anteiust.*, pag. 652) e del CANNEGIETER, *Fragmenta D. Ulpiani*, pag. 89: « *Servus publicus praetoriani parte dimidia testamenti facienti habet ius* », è evidentemente erronea, per quanto anche l'ESTOR nei citati *Piccoli scritti*, vol. II, num. 74 § 4 seg. pag. 713 seg., si sia affaticato per dare un significato ragionevole alla parola *praetoriani*. Già il CUIACIO, *Observationes*, XVII, 28, ha osservato che la lezione *praetoriani* deriva da una falsa intelligenza delle sigle P-R., le quali dovevano essere intese invece *populi romani*, e l'esattezza di questa emendazione è poi stata posta fuor di ogni dubbio dal FOQUELINUS, *Praelectiones Aurelianae ad tit. Inst. de vulg. et pup. subst.* Lugduni Batavorum 1676, pag. 117-123. Tuttavia quest'emendazione è respinta dal MAIANISIO, *disputatio de testamento facto apud hostes* (vedi appresso nota 10) § 17, il quale invece di *praetoriani* leggerebbe *praetorisve*. Ogni città, egli dice, aveva i suoi schiavi (L. ult. Dig. quod cuiusc. univ. 3,4, L. ult. Cod. de servis reipubl. man. 7,9)

2.° Sono incapaci di testare i cittadini romani prigionieri del nemico durante la prigionia, poichè questa li rende schiavi⁹⁾. Un testamento fatto da un cittadino romano durante la prigionia non valeva neppure dopo il suo ritorno in patria¹⁰⁾. Ma se egli avesse testato prima di esser fatto prigioniero poteva accadere o che egli ri-

e questi schiavi eran detti *servi publici* (L. 18 Dig. *de adopt.* 1,7, L. 2 Dig. *rem pup. salvam fore* 46,8) e destinati al servizio dei magistrati (LIVIO XLIII, 18) e in particolare del pretore; per cui essi eran detti *servi publici praetorise*. Ma in nessun testo è detto che i *servi publici* prendessero il nome dai magistrati; nè del resto tutti i *servi publici* aveano gli stessi diritti: ai soli *servi publici populi Romani*, non anche ai *servi civilium* o *municipiorum*, era concesso di testare su metà del loro peculio. Vedi Pietro FABRO, *Semestrium*, lib. II cap. 24 pag. 367 seg. *Genevae* 1660 CUIACIO, *ad Ulp.*, loc. cit. — in SCHULTING, pag. 362 — VULTEIUS, *Inst. iuris civilis. Comment. ad § ult. quibus non est perm. fac. test.* 2,12. — ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), vol. I, parte 2.^a § 183 pag. 672.

⁹⁾ PAULI, *Sent. Rec.*, III, 4 a 8 § 5; *Inst. quibus non est perm. fac. test.* 2,12, L. 8 pr. Dig. h. t. Neppure per diritto militare si faceva eccezione a questo principio, L. 10 Dig. *de test. mil.*, 29, 1. Dovevano però essere veri nemici riconosciuti come tali dai Romani stessi: infatti coloro che fossero fatti prigionieri dai briganti seguitavano ad essere liberi e capaci di testare. Confr. MARCIANO, L. 13 Dig. pr. h. t.

¹⁰⁾ L. 8 pr. Dig. h. t. La ragione se ne trova nella L. 201 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17: vedi pure L. 210 Dig. *eod.* e DE RETES, *Opusculorum*, liber VI, cap. 8 num. 1, nel *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 201. A questo caso di testamento fatto durante la prigionia non era applicabile nè la finzione del postliminio nè quella della legge Cornelia. Imperocchè per la finzione del postliminio si vengono a confondere in uno il momento in cui comincia la detta prigionia e quello del ritorno; per la finzione della legge Cornelia si confondono invece quel primo momento con quello della morte. « *Tempora captivitatis*, dice PAPINIANO in fr. 44 § ult. *de usuc.* 41, 3, *ex die quo capitur mortui iunguntur* ». Il periodo intermedio, quello della prigionia, viene scomputato o per dir meglio non computato affatto, non riconosciuto neppure. Se pertanto qualcuno abbia fatto testamento in quel periodo di tempo, ha fatto testamento in un tempo in cui non poteva farlo, poichè quel tempo non viene computato; in altre parole, egli non ha fatto testamento in *nessun tempo*. E se egli ritorna in patria, quel testamento non può convalidarsi *iure postliminii*, dovendo esso considerarsi come non fatto. Se poi egli muore prigioniero, il suo testamento deve, per finzione della legge Cornelia, considerarsi fatto in un tempo in cui era già morto, per conseguenza non può considerarsi come testamento. — Vedi in particolare MAIANISIO, *Disputatio de testamento facto apud hostes* nelle sue *Disputationes*, Tomo I, Lugduni Batav. 1752. disp. 31 pag. 461-73.

tornasse poi dalla prigionia o che egli morisse prigioniero. Nel primo caso il testamento valeva *iure postliminii*¹¹⁾: il Romano fatto prigioniero ora restituito per effetto di questo diritto in tutti i suoi rapporti giuridici precedenti come se non fossero mai cessati¹²⁾. Nel secondo caso invece il testamento fatto prima della prigionia era salvato dalla finzione che il testatore fosse morto appunto nel momento in cui era fatto prigioniero, vale a dire nell'ultimo momento della sua libertà¹³⁾, finzione questa introdotta da una legge Cornelia¹⁴⁾ e più precisamente da quella legge che CORNELIO SILLA aveva dato contro le falsificazioni e probabilmente anche contro le sottrazioni dei testamenti di coloro che erano morti prigionieri del nemico e che perciò fu detta *lex testamentaria*¹⁵⁾,¹⁶⁾. Quello che abbiamo detto dei testamenti vale anche per i codicilli. Onde è che i codicilli fatti da un Romano durante la prigionia sono del tutto privi di valore al pari dei testamenti fatti nelle stesse condizioni, ancor che tali codicilli fossero stati precedentemente confermati da testamento. Così MARCIANO nel lib. II delle sue *Regulae*¹⁷⁾, stando rigorosamente at-

11) L. 6 § 12 Dig. *de iniusto, rupto et irrito testam.* 28, 3.

12) GAIO, I, 129, § 5 Inst. *quibus modis ius pot. solv.* 1, 12. L. 4, L. 5 § 2, L. 19 pr. Dig. *de captivis et de postliminio* 49, 15.

13) ULPIANO, 23, 5. L. 12 Dig. h. t., L. 15 Dig. *de iniusto, rupto, irrito testam.* 28, 3, L. 28 Dig. *de vulgari et pup. subst.* 28, 8. L. 10 pr. L. 18 Dig. *de captivis et postlim.* 49, 15. § 5 Inst. *quibus non est perm. facere test.* 2, 12.

14) Vedi DE RETES, *Opusculorum liber VI*, cap. 14, 15 nel *Thesaurus* del MEERMANN, tomo VI, pag. 302-307.

15) PAOLO, *Rec. Sent.*, IV, 7; V, 25. L. 1 Dig. *de publicis iudiciis* 48, 1; § 7 Inst. *de publ. iudiciis* 4, 18.

16) HUGO, *Geschichte des roemischen Rechts* (Storia del diritto romano), pag. 540 dell'8.^a edizione e 593 della 10.^a. ZIMMERN, *Geschichte des roem. Privatrechts* (Storia del diritto privato romano) vol. I § 196 pag. 723. — Contro questa opinione dell'HUGO e dello ZIMMERN, da me seguita, lo SCHILLING, *Bemerkungen über die roemische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 285 seg., ha però elevato dubbii molto fondati. PAOLO, *Rec. Sent.*, III, 4 a § 8 e la L. 22 pr. Dig. *de captivis* 49, sembrano indicare una speciale *lex Cornelia* (aggiunta dell'Autore).

17) L. 7 pr. Dig. *de iure codicillorum* 29, 7. Come il tempo della confezione del testamento debba distinguersi nettamente da quello della confezione dei codicilli è insegnato dalla L. 8 § 4 Dig. *eod.* 29, 7; L. 17 § ult. Dig. *De test. mil.* 29, 1; L. 17, L. 92 Dig. *ad legem Falcidiam* 35, 2. L. 7 Dig. *qui et a quibus manumissi* 40, 9.

taccato al principio: *codicillo: is demum facere potest, qui et testamentum facere potest*¹⁸⁾, insegnava:

« Quaedam non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit et in captivitate codicillos scribat, nam non valent ».

Ma TRIFONINO nel suo libro IV *Disputationum*¹⁹⁾ o'insegna che l'equità trionfò poi della *subtilitas iuris*:

« Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit non creduntur iure civili confirmari testamento quod in civitate fecerat, sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est, et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset ».

Antonio FABRO²⁰⁾ crede che l'opinione che qui figura accettata per motivi di equità da TRIFONINO sia una interpolazione di TRIBONIANO, il quale però avrebbe qui tradito la sua ignoranza essendo noto che il *ius postliminii*, tendente a cancellare la memoria della prigionia e a congiungere i due estremi del principio di essa e del ritorno, non autorizza a fingere che ciò che è avvenuto durante la prigionia sia avvenuto in altro tempo e per ciò non si può mai estendere ad atti avvenuti durante la prigionia. Il DE RETES²¹⁾ ha però difeso l'onore di TRIBONIANO e posto fuor di dubbio la genuinità del frammento. Nulla infatti si trova in questo che sia contrario ai principii del diritto. Se si parta dal principio che un testamento è irritato quando il testatore cada in seguito in prigionia²²⁾, i codicilli fatti durante la prigionia dovendosi considerare indipendentemente

¹⁸⁾ L. 6 § 3 Dig. *cod.*

¹⁹⁾ L. 12 § 5 Dig. *de capt. et postl.* 49, 15.

²⁰⁾ *Jurisprudentiae Papinianae Scientia*, tit. V, princ. 8, illat. 10 pag. 620 segg.

²¹⁾ *Opusculorum*, lib. VI cap. 8 numeri 4, 5 in MEERMANN, *Thesaurus*, VI, pag. 291 segg. 1).

²²⁾ § 5 Inst. *quibus modis test. infirm.* L. 6 § 5 Dig. *de iniusto, rupto, irritato test.* 28, 3.

1) Nello stesso senso il LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889. Tryphoninus fr. 13 vol. II, col 356 nota 2, e già prima il MOMMSEN, *Digesta* h. l.

dal testamento sono da considerarsi come fatti *ab intestato*. Ora, tali codicilli hanno questo di particolare, che quand'anche fatti nello stato d'incapacità valgono se colui che li ha fatti acquisti la capacità prima di morire, considerandosi essi come fatti soltanto in questo secondo momento²³). Nel caso nostro il prigioniero avea già prima fatto un testamento nel quale confermava precedentemente i codicilli che poi fece nella prigionia. Se fosse tornato in patria egli sarebbe stato restituito nella sua primitiva condizione giuridica come se non fosse stato mai prigioniero; il testamento dunque riacquista in ogni caso valore per la finzione del postliminio. Ma i codicilli essendo stati confermati nel testamento anche essi debbono considerarsi validi come parti di questo, come se non vi fosse stata mai prigionia. È ciò che decide anche PAOLO (*libro singulari codicillorum*) in un caso analogo²⁴): non è dunque necessario ammettere col FABRO una interpolazione Triboniana nel testo di TRIFONINO.

3.º Erano parificati ai prigionieri gli ostaggi, quelli cioè che i Romani avessero ricevuto dalle altre nazioni colle quali erano in guerra per garanzia della conclusione della pace²⁵). Questi non potevano testare perchè *peregrini*, ma ne poteano ottenere la concessione speciale²⁶). Se essi morivano il loro patrimonio per un rescritto del divo COMMODO andava al fisco, come il patrimonio di qualunque prigioniero di guerra²⁷), salvo che per un *beneficium principale* non fosse loro stato riservato; e ciò avveniva quando era loro concesso di vestire gli abiti romani (*accepto usu togae romanae*)²⁸); in tal caso

²³) L. 1, § 1 Dig. *de legatis*, III, 32. — « ULPIANUS, lib. I *fideicommissorum*. Sed si filiusfamilias vel servus fideicommissum reliquerit non valet. Si tamen manumissi decessisse proponantur constanter dicemus fideicommissum relictum videri, quasi nunc datum cum mors ei contingit ». Vedi DE RETES, *Opusc.*, lib. I, cap. 22 num. 17 pag. 75.

²⁴) L. 8 § 3 Dig. *de iure codicill.*, 29, 7. Vedi WESTPHAL, *Von Vermaschnissen und Fideicommissen* (Dei legati e dei fedecommissi), parte II, § 1899.

²⁵) SVETONIO, *Augustus*, cap. 21; TACITO, *Annales*, II 1. I Romani non usavano dare ostaggi ai loro nemici. Vedi WESTPHAL, *Testamenti*, § 54.

²⁶) L. 11 Dig. h. t. Vedi GAUDENTII *iuridicarum expositionum*, lib. II cap. 2 nel tomo III del *Thesaurus* di OTTONE, pag. 370; FINESTRES, *Hermogenianus*, pag. 109.

²⁷) L. 31 Dig. *de iure fisci*, 49, 14.

²⁸) I peregrini potevano indossare soltanto il *pallium*: onde la distinzione in

essi erano trattati come cittadini romani e per un rescritto dei *diri fratres* poteano anche essere istituiti eredi da un cittadino romano ²⁹⁾

Tutto ciò che si è detto degli schiavi, dei prigionieri e degli ostaggi oggi non vale più ³⁰⁾. L'imperatore LEONE il Filosofo ³¹⁾ aveva già dato in proposito disposizioni più miti rispondenti ai principii dell'odierno diritto di guerra e internazionale. È poi notorio che in Germania sono capaci di testare anche i servi della gleba (*Leibeigne*) ³²⁾.

4.° Poichè la facoltà di testare era un diritto proprio dei soli *cives* ³³⁾ non poteano far testamento i non Romani; non quindi i peregrini nè i *latini Juniani* e *dediticii* ³⁴⁾. Ma in seguito, sparita, entro

SVETONIO (*Claudio*, cap. 15) fra *palliatu*s e *togatu*s. La toga era così particolare ai Romani che VIRGILIO chiama i Romani *gens togata* e aveano lo stesso significato *accipere ius togae* e *accipere ius civilitatis*. — Vedi MAIANISIO, *Disput.* § 5. e FERRARI, *De re vestiari.*, Pars II lib. 4 cap. 3.

²⁹⁾ L. 32 Dig. *de iure fisci*, 49, 14.

³⁰⁾ STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. III § 45; SCHILTER, *Praxis iuris Romani*, Exercit. 38 § 19; LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pandect.*, h. t. § 24.

³¹⁾ Novella 40.

³²⁾ LAUTERBACH, *Collegium th. pract. Pandect.* h. t. § 25; CLAPROTH, *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 6; MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principi di diritto privato comune tedesco), § 79. Le disposizioni contenute nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO, al titolo dei testamenti, § 7, non sono più applicabili. — Vedi RUNDE, *Grundsätze des gemeinen*, ecc. (Principi di diritto privato comune tedesco); DANZ, *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts* (Manuale di diritto privato tedesco attuale) volume VI, pag. 107 segg.

³³⁾ ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto privato romano), parte II, 124.

³⁴⁾ ULPIANO, XX, 14. Se il peregrino apparteneva ad una data città, egli poteva però testare secondo le leggi di quella città: non gli poteva esser tolto il diritto *ut adversus* (vale a dire *secundum*) *leges civitatis suae testetur*, come dice ULPIANO, loc. cit.: vedi la dotta nota dello SCHULTING, *Jurispr. ant.*, pagina 631. Il *dediticiu*s al contrario non poteva testare neppure come peregrino *quoniam nullius certae civitatis est* (la lezione comune *civitatis sciens*, in SCHULTING, loc. cit., è senza dubbio inesatta). — CUIACIO legge *civitatis civis est* e a questa lezione aderiscono lo SCHULTING, nota 44, e L'HUGO, *Jus civ. antiq.* che l'ha accolta nel testo, tomo I, pag. 61. Ma il CANNegieter, *ad Ulpiani fragmenta*, pag. 88, crede che la lezione comune possa accettarsi, purchè la s'interpreti rettamente. Secondo lui cioè *sciens* sarebbe un'abbreviazione composta di varie parole, e cioè *sicut* che gli antichi scrivevano, secondo MAGNO, SCI, poi EN, che secondo VALERIO PROBO significherebbe *etiannunc*, ed s che

i confini dell'impero, la distinzione fra Romani e stranieri, e tolte da GIUSTINIANO anche le differenze fra cittadini, latini e deditizii ³⁵⁾, la regola dell'antico diritto si applicò soltanto agli stranieri, che si chiamavano barbari, e ai Romani che avessero perso la cittadinanza per un delitto, come i *deportati in insulam*, i quali erano incapaci di testare ³⁶⁾. In Germania però non c'è più differenza fra cittadini e stranieri circa il diritto di testare ³⁷⁾. I semplici relegati poi non perdono il diritto di far testamento neppure per diritto romano poichè ad essi resta la cittadinanza ³⁸⁾. E lo stesso diritto hanno i condannati *ad opus publicum* a tempo; anch'essi conservano come i relegati la cittadinanza e sono capaci di testare ³⁹⁾.

5.° I condannati a morte e i condannati ad una pena capitale perdono secondo il diritto romano la capacità di testare a cagione della confisca del patrimonio che è congiunta ad ogni pena capitale ⁴⁰⁾. Così insegna GAIO, lib. XVII *ad edictum provinciale* ⁴¹⁾:

« Hi vero qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum dam-

significa *sunt*: ULPIANO dunque avrebbe scritto: *quoniam nullius certae civitatis, sicuti etiam nunc sunt*. — I Latini Juniani erano pure per la legge *Junia Narbana* incapaci di testare. GAIO, I, 23. Confr. VAN DER HOOP, *Dissertatio de iure peregrinorum*, Lugduni Batavorum 1759. ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia) I, §§ 201, 205.

³⁵⁾ § 3 *Inst. de libert.* 1, 5 Lib. VII, tit. 5 e 6 *Cod. de dediticia*, item *de latina libertate tollenda*. Vedi ZIMMERN, *Storia*, §§ 123, 124, e i §§ 125, 126 di questo *Commentario*.

³⁶⁾ L. 8 § 2 *Dig. h. t.*

³⁷⁾ *Authentica Friderici II, omnes peregrini*. *Cod. comm. de succ.*, 6, 59. — Vedi il § 127 di questo *Commentario* e MITTERMAIER, *Geschichte des gemeinen deutschen P. R.* (Storia del diritto privato comune tedesco), § 100.

³⁸⁾ L. 8 § 3 *Dig. h. t.*

³⁹⁾ PAULUS, *Rec. Sent.* III, 4 a § 9; L. 18 § 1 *Dig. de poenis*, 48, 19 (CALISTRATO); L. 9 § 3 *Dig. de int. et rel.*, 48, 22 (ULPIANO). — WESTPHAL, *Testamenti*, § 57.

⁴⁰⁾ L. 1 pr. *de bonis damnat.*, 48, 20.

⁴¹⁾ L. 8 § 4 D. h. t. Lud. MENCKEN, *Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus plerisque asserta*, Lipsiae 1694. Osservo soltanto a spiegazione della L. 8 § 4 che l'espressione *ad ferrum damnari* alla pari dell'altra che è contenuta nella L. 6, *ad gladium damnari*, significa *ad ludum gladiatorium damnari*. Vedi BRISSONIO, *de verborum significatione*, v. *ferrum*, num. 5; v. *gladium*, num. 2.

nantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur; unde apparet amittere eos testamenti factionem ».

Il testamento fatto dal condannato prima della condanna perdeva poi ogni efficacia, diveniva *irritum*, perocchè il condannato subiva una *capitis diminutio maxima*; egli perdeva la libertà e diveniva, come dice ULPIANO, lib. X *ad Sabinum* ⁴²⁾, *servus poenae*:

« Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias, vel ad gladium, vel ad aliam poenam quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet et non tunc cum consumptus est ⁴³⁾, sed cum sententiam passus est ⁴⁴⁾, nam poenae servus efficitur ».

Questo era lo stato del diritto sotto gli Imperatori, perchè al tempo della repubblica i *capite damnati* non subivano la *capitis diminutio maxima* neppure se condannati a morte ⁴⁵⁾. Essi pertanto potevano fare testamento anche dopo la condanna e i testamenti fatti prima restavano in pieno vigore; se poi non avevano testato erano chiamati all'eredità gli eredi legittimi ⁴⁶⁾. Così seguì ad essere an-

⁴²⁾ L. 6 § 6 Dig. *de iniusto, rupto, irrito test.*, 28, 3. GAIIO, L. 8 § 1 Dig. h. t.

⁴³⁾ Id est, cum poena irrogata est, quando cioè egli è stato giustiziato; vedi BRISSONIO, *de verb. sign., consumere*, num. 4.

⁴⁴⁾ Id est, cum condemnatus est. Sententiam pati, per condemnari è detto anche nella rubrica del Lib. 48, tit. 23.

⁴⁵⁾ Il WALCH, *Diss. de donatione capite damnati*, Jena 1766, § 2, attribuisce l'origine della *servitus poenae* a TULLO OSTILIO, del quale LIVIO (I, 26) racconta che abbia dato una legge per la quale i cittadini condannati per un delitto capitale dovevano essere dichiarati dai duumviri *perduelles*, cioè *hostes* e così perdere i diritti della cittadinanza. Così si spiegherebbero anche le parole di GISTINIANO nella novella 22, cap. 8, che la *servitus* fosse *iuxta veterum leges* (κατὰ τὸ παρὰ τῶν παλαιῶν νομοθετησέων) *poenae loco inflicta*. Ma i *duumviri perduellionis* nominati dal popolo dietro proposta di TULLO OSTILIO nel processo di Orazio per l'uccisione della sorella non furono una magistratura introdotta da una legge generale, furono bensì una istituzione puramente temporanea creata per opportunità del momento. Vedi DIRKSEN, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R.* (Saggi di critica e interpretazione delle fonti del diritto romano), Dissert. VI, cap. 7 pag. 341. Era invece regola di diritto antichissima che nessuna pena capitale potesse darsi ad un cittadino romano *iniussu populi*; l. 2 §§ 16, 23 Dig. *de origine iuris*, 1, 2. WACHTER, *Opuscula a Trots edita*, pag. 335.

⁴⁶⁾ CICERO, *de invent. reth.*, II, 50. Auctor ad Herennium, I, 13. CICERO, *pro domo c.* 17: « ... cum tam moderata iudicia populi sint a maioribus con-

che sotto i primi Imperatori ⁴⁷⁾. Soltanto più tardi, probabilmente dopo TIBERIO, la confisca fu aggiunta come una conseguenza necessaria alla pena. Se pertanto il delinquente doveva perdere la vita, la libertà ed il patrimonio, se talvolta anche, come per esempio nella condanna alle miniere, egli doveva essere tenuto in catene e condannato a lavori servili, ne conseguiva che si dichiarasse servo. Questa specie di schiavitù era però diversa dalla *servitus* vera e propria nel senso ordinario, perchè i servi *poenae* erano considerati come servi *sine domino*, cioè essi non appartenevano come i *servi publici* allo Stato nè all'Imperatore. Onde è che se al *servus poenae* veniva un'eredità questa non era acquistata al fisco, ma secondo un rescritto del divo PIO si aveva per non scritta ⁴⁸⁾ e se egli era graziato questa non era una manomissione per la quale egli acquistasse lo stato di libertino, egli ritornava ingenuo come prima della pena e non perdeva i diritti di *heres suus vel legitimus* ⁴⁹⁾. La *servitus poenae* consisteva, nei casi in cui avveniva senza pena di morte, semplicemente nel soggiorno in uno stabilimento di pena e di lavoro sotto una sorveglianza rigorosissima e con un trattamento da schiavo pro-

stituta . . . ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur ». CESARE per primo modificò questa antica regola di diritto. SVETONIO in fatti racconta (*Caesar* cap. 42): « Poenas facinorum auxit, et, cum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exulabant, parricidas, ut CICERO scribit, bonis omnibus et reliquos dimidia parte mulctavit ». Tuttavia ancora ai tempi di AUGUSTO la confisca non era considerata come conseguenza normale della condanna. Vedi DIONE CASSIO, lib. 56; CANNegiETER, *Comm. ad fragmenta veteris iurisprudentiae quae exstant in collatione legum Mosaicarum et Romanarum*, cap. II, pag. 22 segg. MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), vol. I, parte II, § 2 pag. 27 segg.

⁴⁷⁾ KLOECKHOF, *Historia iuris romani de bonis damnatorum*, Lugduni Batav. 1749, pag. 128 seg. MAREZOLL, loc. cit., pag. 28.

⁴⁸⁾ L. 23 § 3 Dig. *De acq. vel am. her.*, 29, 2. « ULPIANUS, lib. VIII ad Sabinum Si quis plane servus poenae fuerit effectus, ad gliadium vel ad bestiam vel in metallum damnatus, si fuerit heres institutus pro non scripto hinc habebitur, idque divus Pius rescripsit ». Si aggiunga la L. 17 Dig. *de poenis*, 48, 19: « MARCIANUS, libro I Institutionum Sunt quidem servi poenae ut sunt in metallum dati et in opus metalli, et si quid eis testamento datum fuerit, pro non scripto est, quasi non Caesaris servo datum sed poenae ». Vedi ZIMMERMAN, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto privato romano), vol. I, § 197, pag. 725.

⁴⁹⁾ PAOLO, *Rec. Sent.*, IV, 8, 24; MAREZOLL, *Diss. cit.*, pag. 30.

tabilmente non dissimile dai nostri lavori forzati nei bagni e nelle miniere; perocchè i servi della pena erano adibiti ai lavori più duri, più gravosi e più pericolosi ⁵⁰).

La regola che i condannati ad una pena capitale non potessero testare come *servi poenae* subiva però delle eccezioni ⁵¹). Una prima eccezione aveva luogo nell'antico diritto romano per i soldati che fossero stati condannati ad una pena capitale per un delitto militare. Questi potevano testare quando, come avveniva di solito secondo un rescritto del divo ADEIANO, la sentenza riservasse loro il diritto di far testamento. Il soldato condannato poteva però testare solamente sui propri beni castrensi, i quali non consistevano soltanto nel peculio castrense di un figlio di famiglia, ma abbracciavano tutto il patrimonio che il soldato avesse acquistato in tale sua qualità ⁵²). Il soldato inoltre poteva nella confezione del suo testamento valersi anche in questo caso del diritto militare. Se avesse fatto precedentemente un testamento non aveva bisogno di farne uno nuovo; l'antico, benchè divenuto irrito per effetto della pena, valeva tuttavia se egli lo volesse, e ciò era ammesso per regola quando egli non avesse fatto un nuovo testamento. A ciò si riferiscono i seguenti testi:

L. 6 § 6 Dig. *de iniusto, rupto, irrito testamento* 28, 3.

ULPIANO, *lib. X ad Sabinum*. « Sed et si quis fuerit capite damnatus . . . testamentum eius irritum fiet . . . nam poenae servus efficitur: nisi forte miles fuit ex militari delicto ⁵³) damnatus: nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit ⁵⁴) et, credo, iure militari testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur? nunquid et si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero poena irritum factum reficiendum ⁵⁵)

⁵⁰) MAREZOLL, *Diss. cit.*, pag. 28 segg.

⁵¹) MAREZOLL, pag. 41 segg.

⁵²) MAREZOLL, pag. 58.

⁵³) L. 2, L. 6 Dig. *de re militari*, 49, 16. G. VOET, *De re militari liber singularis*, cap. 4. pag. 117 segg. — edizione Fischer, Francoforte e Lipsia 1758.

⁵⁴) L. 1 Dig. *de veter. et mil. succ.*, 38, 12.

⁵⁵) Così legge la Fiorentina e con essa concordano BAUDOZA e MERLINO. ALOANDRO, MIREO e BECK leggono invece *reficiendum*. La lezione fiorentina è però indubbiamente la migliore, come ha dimostrato il BEST, *Ratio emen-*

est? Et si militari iuri testandum sit, dubitari non oportet quin si voluerit id valere, fecisse id credatur »⁵⁶).

L. 32 § 8 Dig. *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

« ULPIANUS, *lib. XXIII ad Sabinum*. Si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari, si modo impetravit ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit ».

L. 11 pr. Dig. *de test. mil.* 29, 1.

« ULPIANUS, *lib. XLV ad Edictum*. Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castren-

dandi *leges*, cap. II, § 3 pag. 184 (Lipsia 1745). L'espressione *reficere testamentum* si trova anche nella L. 9 Dig. *de test. mil.*, 29, 1 e significa *novum facere testamentum, iterum testari*. Vedi DUCKER, *Opusc. de latinitate veterum iuriconsultorum*, pag. 352.

⁵⁶) Il WESTPHAL, *Dei testamenti*, § 886, esige una speciale manifestazione di volontà del soldato, affinché il testamento già fatto seguiti a valere. Ma ciò è richiesto solo quando il testatore subisca una *capitis deminutio ex causa voluntaria*, come ad esempio per l'arrogazione, la quale fa divenire il testamento irritato. Se in tal caso il testatore venga poi emancipato occorre, per ridar valore al testamento, che egli dichiari specialmente la sua volontà che il testamento valga. Il motivo di questa disposizione si è che nell'arrogazione il testamento cessa di valere per volontà dello stesso testatore; per conseguenza se questi morisse senza fare quella dichiarazione, l'erede testamentario, quando cercasse di ottenere la *bonorum possessio*, poichè il testamento valeva solo per diritto pretorio, sarebbe respinto dagli eredi intestati mediante una *exceptio doli*, l'*exceptio mutatae voluntatis*. L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. È ben diversa la cosa quando il testatore ha subito una *capitis deminutio maxima* o *media* per effetto della condanna capitale e così il suo testamento è divenuto irritato. Dopo la cessazione della *capitis deminutio* non è in tale ipotesi necessaria alcuna nuova dichiarazione di volontà del testatore per ridar valore al testamento; questo torna a valere *ipso iure* (L. 6 § 12 Dig. *de iniusto, rupto, irritato test.*, 28, 3), perocchè non potrebbero gli eredi intestati opporre agli eredi testamentari l'*exceptio mutatae voluntatis*. — Vedi FINESTRES, *Hermogenianus*, tomo II, libro 3, ad L. 2 Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4. DE RETES, *Opusc.*, lib. VI, cap. 8, numeri 18-19, in MEERMANN, *Thes.*, VI, pag. 294. — E questo è pure il caso del soldato che sia stato condannato ad una pena capitale, colla riserva del diritto di testare, e che avesse già testato: per quella riserva il testamento resta in pieno vigore *ipso iure* come se fosse stato fatto dopo la condanna; nè occorre una speciale dichiarazione che esso debba valere per potere escludere gli eredi intestati.

sibus; sed utrum iure militari an iure communi quaeritur? Magis autem est ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere iure militari ei testandum: quod ita intellegi oportet, si non sacramenti fides rupta sit » ⁵⁷⁾.

L. 22 § 1 Dig. *de legatis* III, 32.

« HERMOGENIANUS, *lib. IV iuris epitomatorum*. Miles, in eum ex militari delicto capitali dicta sententia, permittente eo in ipsa sententia qui damnavit, sicut testamenti faciendi ita fideicommissi relinquendi potestatem consequitur ».

Il privilegio militare introdotto da ADRIANO non si riferiva però ai soli testamenti, ma anche ai codicilli coi quali il soldato condannato ad una pena militare gravasse di fedecommissi i propri eredi intestati. Questo sembra voler dire ERMOGENIANO colle parole: « *sicut testamenti faciendi, ita fidei commissi relinquendi potestatem consequitur* ». Stando alla pura interpretazione letterale questo può essere, in origine, stato dubbio e sembra che una tale estensione sia stata ammessa solo più tardi per la interpretazione dei giureconsulti; ciò fu già osservato dal FINESTRES ⁵⁸⁾. Questo privilegio dei soldati, piuttosto che su un principio generale, sembra fondato su un semplice

⁵⁷⁾ Vale a dire, che il soldato non deve essere stato condannato alla pena di morte come traditore nè come disertore. Chi ha subito una simile condanna non è più considerato soldato, ma nemico. Vedi L. 7 Dig. *de re mil.*, 49, 16, secondo l'interpretazione di Antonio MURETO, *Notae ad tit. Dig. de mil. test.*, nel tomo IV delle opere edita da RHUNKEN, pag. 389. Lugduni Bataavorum 1789. Anzi, poichè su di un soldato non poteva eseguirsi la così ignominiosa pena di morte (L. 3 § 10 D. *eod.*, 49, 16; L. 8 § 2, L. 38 § 1 Dig. *de poenis*, 48, 19), l'esecutando doveva prima essere degradato, cioè ignominiosamente escluso dalla milizia. L. 8 Cod. *de quaest.*, 9, 41. Vedi Pietro FABRO, *Semestria*, lib. I, cap. 18 pag. 110 e anche cap. 17 pag. 103. Confr. pure il § 1355 di questo *Commentario* (vol. XXXI, pag. 413 dell'originale tedesco). — Egli è per ciò che il DONELLO (*Comm. ad Cod.*, L. 13 *de test. mil.*, num. 4, pag. 342) e il WISSENBAUGH (*Commentationes in Cod. ad L. 13 cit.*, pag. 335) spiegano le parole di ULPIANO « *si non sacramenti fides rupta sit* » con queste altre « *nisi sacramenti fide solutus sit miles ignominiae causa, quod ita fit si sit exauctoratus* », L. 2 § 2 Dig. *de his qui not. infamia*, 3, 2.

⁵⁸⁾ *Comm. in Hermogeniani iuris epitom.*, lib. IV, ad § 1; L. 22 Dig. *de legatis*, III, § 4, pag. 773 seg.

favore che l'imperatore ADRIANO confermava in questo caso ⁵⁹⁾, e perciò non doveva trascurarsi nella sentenza di condanna questa riserva del diritto di testare ⁶⁰⁾.

Tutto ciò valeva soltanto per i beni castrensi. In riguardo al patrimonio non militare, i *bona pagana*, vigeva sempre la legge comune per la quale il fisco succedeva nei beni dei condannati ⁶¹⁾, così come essa vigeva pel caso che il soldato fosse condannato per un reato comune ⁶²⁾. Se il soldato moriva senza far testamento i suoi beni castrensi andavano ai suoi eredi *ab intestato* più prossimi: il pretore dava loro la *bonorum possessio* fino al quinto grado, come appare dal seguente testo:

L. 1 Dig. *De veteranorum et militum successione* 38, 12.

« MACER, *lib. II de re militari*. Militi qui capite puniri meruit testamentum facere concedendum Paulus et Menander scribunt eiusque bona intestati si punitus sit ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto, non ex communi punitus sit ».

Sebbene qui non si parli espressamente di soli beni castrensi, tuttavia è chiaro che il testo a questi soli si riferisce, perchè la legge parla di un soldato che è stato condannato alla pena capitale; or poichè ai soldati in tal caso era concesso soltanto di testare sui beni castrensi, i *bona intestati* che debbono, secondo questo testo, spettare ai prossimi parenti non possono evidentemente essere altro che beni castrensi ⁶³⁾.

L. 2 Dig. *eodem* 38, 12.

« PAPINIANUS, *lib. XVI Responsorum*. Bona militis intestato defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem

⁵⁹⁾ MAREZOLL, *Diss. cit.*, pag. 42.

⁶⁰⁾ DONELLO, *Comm. ad L. 13 Cod. de testam. mil.*, num. 3, pag. 342.

⁶¹⁾ L. 1. pr. Dig., *de bonis damn.*, 48, 20. L. 8 § 4 Dig. h. t. L. 2 Cod. *de bonis praescript.*, 9, 49. DONELLO, *loc. cit.*, num. 4. FINESTRES e MONSALVO, *Hermogenianus*, loc. § 9 pag. 776.

⁶²⁾ L. 1 in fine Dig. *de vet. et mil. succ.* DONELLO, *loc. cit.*, numeri 6, 7 pag. 343; CUIACIO, *Comm. in lib. 16 responsorum Papiniani*, ad L. 2 Dig. *de vet. et mil. succ.*

⁶³⁾ DONELLO, *loc. cit.*, § *Sed huic parti*. — FINESTRES, *Hermogenianus*, *loc. cit.*, pag. 776. — MAREZOLL, *Diss. cit.*, pag. 42.

quinti gradi extitit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem accepit ».

Secondo queste leggi non vi ha dunque dubbio che se un soldato sia condannato ad una pena capitale per un delitto militare, la successione nei suoi beni castrensi avviene secondo le regole generali e così se egli non abbia fatto testamento i suoi eredi *ab intestato* escludono il fisco. A queste leggi però sembra contraddire una costituzione degli imperatori VALERIANO e GALLIENO, la L. 13 Cod. *de testamento militis*, 6, 21.

« Ex militibus nostris centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam castrensiarum rerum testamentum facere permittitur et intestatis iure proprio succeditur a fisco. — Pp. non. Aug. VALERIANO III et GALLIENO II, A. A. CONDSS. — a Ch. 255 ».

Secondo questa costituzione sembra che il fisco succeda indifferentemente nel patrimonio del soldato morto senza testamento dopo la condanna. Ma le parole *iure proprio* spiegano l'enigma. Secondo il diritto comune il fisco succederebbe sempre nei beni del militare *capite damnatus*, ma questo diritto rigoroso è stato mitigato per ispeciale favore ai soldati in riguardo ai beni castrensi e al fisco non rimane pertanto se non il diritto di succedere nei beni pagani del soldato condannato con pena capitale per riguardo ai quali beni questi deve necessariamente morire intestato. Le parole della legge *intestatis iure proprio succeditur a fisco* devono dunque riferirsi soltanto ai *bona pagana*, il fisco cioè ha questo speciale diritto proprio, che i *bona pagana* del soldato condannato vadano a lui, mentre pei beni castrensi succedono gli eredi testamentari o legittimi del soldato. Così spiegano questa legge anche il DONELLO ⁶⁴⁾, il FINESTRES ⁶⁵⁾ e il WISSENBACK ⁶⁶⁾.

La *servitus poenae* e la confisca ad essa collegata cominciava non già dal momento della consumazione del delitto, bensì soltanto dal momento della condanna del delinquente ⁶⁷⁾. Perocchè soltanto con

⁶⁴⁾ *Comm. ad h. L. 13*, Cod. num. 5 pag. 343.

⁶⁵⁾ *Comm. ad Hermogenianum*, pag. 776.

⁶⁶⁾ *Comm. in Codicem*. Ad L. 13 cit, pag. 535.

⁶⁷⁾ L. 10 § 1, L. 12, L. 29 Dig. *de poenis*, 48, 19. L. 1, L. 2 Dig. *de bonis*

la condanna questi perdeva la libertà e subiva una *capitis deminutio maxima*. Se pertanto un delinquente passibile di pena capitale moriva prima della condanna, non subiva la *capitis deminutio* e non era soggetto a confisca ed il suo testamento, se ne avesse fatto uno, restava in pieno vigore, e se moriva intestato si faceva luogo alla successione legittima⁶⁸). La morte del delinquente estingueva l'azione penale ed egli moriva *integri status*, tranne il caso che egli fosse imputato di perduellione, nel qual caso aveva luogo la confisca del suo patrimonio ancor che egli fosse morto prima della condanna se i suoi eredi non potevano provare la sua innocenza. Ciò è insegnato da ULPIANO nel libro VIII *disputationum*⁶⁹):

« Is qui in reatu decedit integri status decedit: exstinguitur enim crimen mortalitate, nisi forte quis maiestatis reus fuit; nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco viudicatur. Plane non quisquis legis Iuliae maiestatis reus et in eadem condicione est, sed qui perduellionis reus est hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legis Iuliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur ».

Il motivo di questa eccezione è che in questo delitto la confisca non è una conseguenza della pena capitale, ma è una pena essa stessa minacciata espressamente dalla legge⁷⁰). Bisognava dunque che la condanna del delinquente avvenisse durante la vita di lui affinchè nascesse la *servitus poenae* colle sue conseguenze. La condanna doveva poi essere passata in cosa giudicata; perciò se il condannato

damn., 48, 20. TEOFILO, *Parafrasi greca delle Ist. ad tit. quibus modis ius pot. solv.*, 1, 12 § 3. — Vedi GRENOVIO, *Observationes*, lib. I, cap. 8 pag. 59 edizione Platner, Lipsia 1755. — MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), pagg. 40, 44.

⁶⁸) L. 9 Dig. h. t. « ULPIANO, libro 45 *ad Edictum*. Si quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit ». L. 45 § 1 Dig. *de iure fisci*, 49, 14. « PAULUS, libro V *Sententiarum*. Bona eorum qui in custodia vel vinculis vel in compedibus decesserunt, hereditas eorum non auferuntur, sive testato, sive intestato decesserunt ». — Vedi WISENBACH, *Exercitationes ad Pandectas*, disp. 54 § 17 pag. 561 e specialmente MAREZOLL. loc. cit., pagg. 45, 48.

⁶⁹) L. 11 Dig. *ad legem Iuliam maiestatis*, 48, 4.

⁷⁰) MAREZOLL, loc. cit., pag. 50.

appellava, nel frattempo fino all'esaurimento dell'appello egli poteva testare e il suo testamento rimaneva efficace quando egli morisse ancor che la sentenza d'appello confermasse poi la prima condanna: Ciò è provato dai seguenti testi:

L. 13 § 2 Dig. *Qui test. facere poss.*, 28, 1.

« MARCIANUS, libro VI *Institutionum*. Si quis in capitali crimine damnatus appellaverit et medio tempore, pendente appellatione, fecerit testamentum, et ita decesserit valet eius testamentum ».

L. 6 § 8 Dig. *de iniusto, rupto, irrito facto testam.*, 28, 3.

« ULPIANUS, libro X *ad Sabinum*. Hi autem omnes quorum testamenta irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint capite non minuuntur, aequae ideo neque testamenta, quae ante fecerunt irrita fiunt et tunc testari poterunt; hoc enim saepissime est constitutum, nec videbuntur quasi de statu suo dubitantes non habere testamenti factionem; sunt enim certi status nec ipsi de se interim incerti » ⁷¹).

ULPIANO nota qui subito un dubbio che facilmente avrebbe potuto elevarsi contro la validità di un testamento fatto nelle more dell'appello, il dubbio cioè che il testatore fosse da considerarsi in quel periodo incerto sul suo stesso stato. Ma questo dubbio è tolto dall'osservazione che il condannato ad una pena capitale non è ancora, pendente l'appello, *servus poenae*, non valendo giuridicamente come condanna una sentenza non ancora passata in giudicato ⁷²). Lo stato del testatore durante il periodo dell'appello non era dunque per nulla incerto, quantunque fosse dubbio il suo stato futuro; ora quest'ultima

⁷¹) La Fiorentina legge *nec ipsi de se interim certi*. Ma questa lezione è evidentemente errata. Quasi tutti gli editori leggono invece *incerti*: così ALOANDRO, BAUDOZA CESTIO, UGO DELLA PORTA, MERLINO, MIREO e BECK. Forse, come osserva lo SMALLENBURG, *ad Schullingii notas ad Dig. seu Pand. h. leg.*, tomo V, pag. 33 seg., l'*in* di *incerti* è stato tralasciato a cagione della precedente lettera *m* della parola *interim* con cui si confondeva: ciò che nei manoscritti dei classici romani è accaduto assai di frequente. Confr. gli esempi riferiti da DRAKENBORCH *ad Livium*, V, 57 e OUDENDORP, *ad Suetonium, Tiberius*, c. 65.

⁷²) L. 2 § 2 Dig. *de poenis*, 48, 19. « ULPIANUS, libro 48 *ad Edictum*. Eum accipiemus damnatum qui non provocavit: ceterum si provocet nondum damnatus videtur ».

circostanza nulla importava bastando che non fosse dubbio lo stato presente del testatore. E poichè questi non era ancora al tempo del testamento servo della pena non aveva ancora avuto luogo la confisca dei suoi beni ⁷³).

La regola che la conseguenza della condanna capitale, consistente nella confisca, non si applichi quando l'imputato muoia prima della condanna subisce una eccezione nel caso in cui l'imputato si tolga la vita da sè. Il suicidio deve però avvenire non per malinconia o per insofferenza di dolori corporali, ma per paura della pena capitale. In tal caso il suicida si considera come *confessus* e *condemnatus* e il suo patrimonio cade al fisco; onde è, che se egli abbia testato, il testamento è nullo. Così ne insegna MARCIANO, *libro singulari de delatoribus* ⁷⁴).

« Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi ⁷⁵) metu criminis imminentis ⁷⁶) mortem sibi consciverunt ⁷⁷) heredem non habent ⁷⁸). PAPINIANUS tamen ⁷⁹) libro sextodecimo responsorum ita scrip-

⁷³) CUIACIO, *Comm. ad h. t. Pand.*, L. 14. — HOFFMANN, *Meletemata seu observationes variae ad Pand.* Diss. 24 § 6.

⁷⁴) L. 3 pr. Dig. *de bonis eorum qui ante sent. mortem sibi consc.*, 48, 21. — CRELL, *Observationes ad L. 3 cit.*, Vitembergae 1781.

⁷⁵) Qui è supposto espressamente che il delinquente fosse già soggetto all'imputazione o preso in flagrante e per ciò temesse la pena. Vedi MAREZOLL, pag. 49.

⁷⁶) Cioè, *metu accusationis instantis*, come dicono la L. 1 § 23 Dig. *de Senatusc. Silaniano*, 29, 5, e la L. 28 § 1 Dig. *de bonis lib.* 38, 2. La parola *crimen* è molto spesso usata col significato di *criminatio* o *accusatio*. — Vedi BRISSONIO, *de verb. sign.*, v. *crimen*.

⁷⁷) Questa lezione, accettata anche da ALOANDRO, BAUDOZA, MERLINO, CHEVALLON, MIRKO, DIONIGI, GOTOFREDO e BECK è da preferirsi alla lezione fiorentina *constituerunt*.

⁷⁸) Deve esser certo soltanto per cagione di qual delitto si sia ucciso il delinquente. Ciò è supposto chiaramente da PAOLO quando alla L. 45 § 2 *de iure fisci*, 49, 14 dice: « Eius bona, qui sibi mortem conscivit, non ante ad fiscum coguntur, quam prius constiterit cuius criminis gratia manus sibi intulerit ». Inoltre deve trattarsi di un delitto capitale pel quale sia minacciata la confisca dell'intero patrimonio. L. 3 § 1, 2 e 3 Dig. *de bonis eorum qui ante sent.*, 48, 21.

⁷⁹) ALOANDRO e MIRKO leggono invece e meglio *etiam*. In molte edizioni, come per esempio in quella del CHEVALLON, manca assolutamente il *tamen*. Anche il BYNKERSHOEK, *Observationes iuris romani*, IV, cap. 4, osserva che la migliore lezione sarebbe semplicemente: PAPINIANUS, lib. VI, etc.

sit. Qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem⁸⁰⁾ esse obnoxiam,

⁸⁰⁾ La lezione è molto discussa. Alcuni, come il LEONINO, *Emendationes*, lib. IV, cap. 5 e il GROZIO, *Flores spars. ad ius iustin.*, ad h. l. pag. 280 segg., vorrebbero leggere *fati celeritatem*, intendendo con ciò che i suicidi affrettano volontariamente la morte. Questa lezione si trova pure in molte antiche edizioni, quali quella di ROBERTO STEFANO e quelle dei fratelli SENNETON, di GUGLIELMO MERLINO, di Pietro BAUDOZA CESTIO. Ma in contrario fu già osservato da G. GUTHER, *de iure Manium*, lib. I, cap. 10 pag. 58, Parigi 1615, che l'espressione *fati celeritas* non si sarebbe usata per indicare una morte così contraria a natura, bensì piuttosto per indicare una morte naturale subitanea che avesse dato luogo a compianto. Vedi BRISONIO, *de verb. sign. v. fatum*. — G. GOTOFREDO, *Gloss. nomic. Cod. Theod. v. fatalis*, pag. 128 dell'app. al tomo VI, parte II, del suo Cod. Teodosiano edito dal RITTER. Altre edizioni, come quelle di ALOANDRO, MIRRO e CHEVALLON, leggono *facti celeritatem*. L'esattezza della lezione fiorentina *facti sceleritatem* è già stata dimostrata però dal FABROT, Esere. V, *de morte voluntaria* (in OTTONE, *The-saurus III*, pag. 1190), dall'OTTONE, *Papinianus*, cap. IX, § 7 pag. 228, e specialmente dal BYNKERSHOEK, *Observationes*, loc. cit., pag. 234. Il GESNER, *Novus linguae latinae thesaurus*, tomo IV, h. v., pag. 322, aveva già osservato, a dir vero, che la parola *sceleritas* è di uso infrequente e mai anzi altrove è usata, tranne in questo testo di MARCIANO, ma la poca frequenza di tale uso non è un motivo per rigettare la lezione, mentre vi sono parecchie altre parole pur di uso infrequente colla terminazione *itas* che sono tuttavia usate dai migliori classici: per esempio *appietas* e *lentulitas*, CICERO, *ad scm.*, III, ep. 7; *faustitas*, HORATIUS, Carm. IV, 5 v. 18; *infortunitas*, GELLIUS, VI, 1, *maximitas*, LUCRETIUS, II, 497; *differitas*, LUCRETIUS, IV, 640; *pestilitas*, LUCRETIUS, VI, v. 1130. Altre parole d'uso non frequente citano il KIRCHMAIER, opusc. *de latinitate Digestorum*, a S. MADIHN edit., Halae 1772, pag. 140, il DUKER, opusc. *de latinitate iurisconsultorum vet.*, pag. 325. Ed anche ULPIANO, ad esempio, nella L. 5 Dig. *quod melius causa*, usa secondo la lezione fiorentina la parola *malitas*. Accettata però tale lezione nasce il dubbio a che cosa si riferisca la *facti sceleritas*. Secondo il CUIACIO, ad L. 6 § 7 Dig. *de iniusto, rupto, irritato testam.*, 28, 3, s'indicherebbe con quelle parole il fatto del suicidio. Il BYNKERSHOEK, loc. cit., confuta invece questa opinione e intende per *facti sceleritas* il delitto stesso, temendo la pena del quale il colpevole si uccise. Il senso di queste parole è dunque, secondo lui, che non sia già punito il delitto commesso, il quale per la morte del delinquente viene ad estinguersi, bensì che il suicida, il quale si sia ucciso per paura della pena sovrastantegli pel delitto capitale del quale era imputato o nella flagranza del quale fu colto, si consideri come *confessus* e *condemnatus* e per ciò i suoi beni cadano al fisco. Questa spiegazione sarebbe confermata dalle parole finali: *ergo aut postulati esse debent*, etc. Nello stesso senso vedi OTTONE, *Papinianus*, loc. cit. e CANNEGIETER, ad D. *Ulpiani fragmenta*, tit. VII, pag. 42. Al con-

sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit. Ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi, ut si se interfecerint bona eorum confiscentur ».

Il suicidio di un delinquente non ancora perseguitato penalmente nè trovato in flagrante non ha per effetto la confisca, nè toglie efficacia al testamento fatto da lui, perocchè colla morte l'azione penale si estingue⁸¹). Tuttavia anche nel caso in cui la confisca dovrebbe esservi, gli eredi del suicida possono, secondo un rescritto del divo Pro, evitarla, quando siano pronti a difendere il loro autore e provarne l'innocenza⁸²).

Si è inseguito fino ad oggi quasi generalmente come verità indubitata che l'imperatore GIUSTINIANO abbia nella novella XXII, capo VIII, abolita la *servitus poenae* con tutte le sue conseguenze⁸³).

trario concordano col CUIACIO il WINKLER, *Comm. de mortis voluntariae prohibitione ac poenis*, Lipsia 1775 e il WALCH, *ad Eckhardi Hermeneuticam iuris*, lib. I, § 138.

⁸¹) L. 6 § 7 Dig. *de iniusto, rupto, irrito test.*, 28, 3. L. 1 § 23 Dig. *de senatusconsulto Silaniano*, 29, 5. L. 2 Cod. *qui test. facere possunt*, 6, 22. L. 1, 2 Cod. *de bonis eorum qui mortem sibi consc.*, 9, 50. L. 3 Dig. *de publ. iud.* 48, 1. L. 5, 6 Cod. *si reus vel accus. mortuus fuerit*, 9, 6. Il suicidio non era secondo i principi della filosofia stoica considerato punibile e il testamento del suicida era per ciò valido. L. 6 § 7 Dig. *de iniusto, rupto, irr. test.* 28, 3.

« Quod si taedio vitae vel valetudinis adversae impatientia, vel iactatione, ut quidam philosophi, mortem sibi conseiverint, in ea causa sunt ut testamenta eorum valeant (ULPIANUS) ».

A riguardo di tali suicidi era luogo anche alla successione intestata, come avea rescritto il divo ANTONINO in L. 3 § 4 Dig. *de bonis eorum qui ante sent.* Confr. BYNKERSHOEK, loc. cit. — WALCH, *ad Eckhardi Hermeneuticam*, loc. cit. — ZIMMERN, *Geschichte des Roem. Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), vol. I, parte I, § 62. L'ordinanza di giustizia penale di CARLO V ha all'art. 135 confermato il diritto romano. Vedi BOEHMER, *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam*, ad h. art. pag. 632-638, e FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (Trattato di diritto penale), 10.^a edizione § 241.

⁸²) L. 3 § ult. Dig. *de bon. eorum qui ante sent.* 48, 21. « Sed divus Pius Modesto Taurino rescripsit: si parati sint heredes defensionem suscipere non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum ».

⁸³) HUNNIUS, *Variarum resolutionum iuris civilis*, lib. I, tract. IV, q. 10 pag. 201. — HUBERO, *Praelectiones ad Pandectas*, lib. 28 tit. 3 § 6. — Janus a COSTA, *Comm. ad § 3 l. quibus modis ius pot. solv.* 1, 12 — WALCH, *Dissertatio de donatione capite damnati*, § XV. — HEINECCIUS, *Antiquitates romanae*, lib. I, tit. 16 § V, pag. 181, edizio: e Haubold. — A. KLEINSCHROD, *Systematische*

Ma questa opinione è stata recentemente confutata con argomenti molto notevoli dal MAREZOLL ⁸⁴). La novella così suona secondo la versione del HOMBECK:

« Quod autem severitate legum prius introductum fuit, nos benigna indulgentia abrogamus. Si enim sententia indicis vir aut foemina quaedam ad metallum damnata sit, quale nunc est in Proconneso et, ut vocatur, Gypso, servitus quidem iuxta veterum leges poenae loco infligebatur et matrimonium solvebatur cum poena condemnatum haberet servientem. Nos vero hoc remittimus, neque eum qui ab initio ingenuus fuit servum poenae fieri permittimus. Non enim liberam condicionem in servilem statum mutamus, qui ut eorum qui antea servi fuerunt manumissores essemus operam dedimus. Maneat igitur illo casu matrimonium eique sententia eiusmodi non noceat tamquam inter personas liberas consistens ».

Qui si parla soltanto di quella *servitus poenae* che nasceva senza pena di morte, come nella *damnatio ad metallum* qui indicata.

Ora, come in ogni caso di schiavitù il matrimonio diveniva impossibile ⁸⁵), così era nel caso della *servitus poenae*. GIUSTINIANO volle mutare il diritto per questo solo riguardo. E per ottenere la conservazione dei matrimoni già validamente conclusi ed impedirne possibilmente lo scioglimento, dispose che il coniuge condannato *ad metallum*, foss'egli il marito o la moglie, non cadesse più nello stato servile e il matrimonio di lui per conseguenza non si sciogliesse più. Ma non per questo fu abolita anche la confisca già collegata alla *poena metalli* come conseguenza necessaria; perocchè analoga aboli-

Entwicklung der Grundbegriffe und Grundvorarbeiten des peinlichen Rechts (Svilgimento sistematico dei concetti e delle verità fondamentali del diritto penale), parte III, § 63. — GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (Principi di scienza criminale), § 160. — G. Cristiano HASSE, *Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht* (Il diritto patrimoniale dei coniugi secondo il diritto romano), § 55 pag. 199 nota 279. — ZIMMERN, *Grundriss des Erbrechts* (Programma del diritto ereditario), Appendice, num. 1 pag. 50. Io pure mi sono già da tempo pronunciato per questa opinione al § 119 di questo *Commentario*.

⁸⁴) Nella più volte citata ottima *Dissertazione sull'onore civile*, pag. 32.

⁸⁵) L. 1 Dig. de divortijs, 24, 2.

zione avea già fatto l'imperatore COSTANTINO il Grande riguardo agli effetti della deportazione sul matrimonio ⁸⁶⁾, e pur tuttavia anche per questa pena restava ancora in vigore la *capitis deminutio* e la conseguenza che ne derivava, la confisca del patrimonio. — Or questa stessa costituzione di COSTANTINO è confermata da GIUSTINIANO nella Novella 22, cap. 13 ⁸⁷⁾.

Tuttavia, si può concedere tutto ciò e affermare non ostante con ragione, che GIUSTINIANO abbia abolito per sempre la *servitus poenae*, pei soli ingenui però, non si dimentichi, non mai stati in condizione di servitù. Infatti la durezza delle antiche leggi si manifestava appunto in questo, che un coniuge condannato alla pena delle miniere dovesse considerarsi *servus poenae* e così estinguersi *ipso iure* il suo matrimonio. GIUSTINIANO dice chiaramente di volere abolire questa durezza, « *nos benigna indulgentia abrogamus* »; e per ciò non ammette più per l'avvenire che un ingenuo possa diventare *servus poenae*. È bensì vero che GIUSTINIANO parla solo di un *damnatus in metallum*, ma la disposizione è generalissima: καὶ οὐδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς τῷ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωροῦμεν οἰκίτην. « neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus ». E questa evidentemente si applica anche alla pena di morte, sebbene non sia nella costituzione fatta menzione di tale pena: ciò che del resto non potea farsi, perchè la morte di un coniuge di per sè stessa scioglie il matrimonio. Adunque, non pel solo riguardo dello scioglimento del matrimonio deve considerarsi abolita la *servitus poenae*; il riguardo al matrimonio fu semplicemente un'occasione ad abolire in generale per tutti gli ingenui la *servitus poenae* ⁸⁸⁾, dalla quale a rigor di di-

⁸⁶⁾ L. 24 Cod. *de don. inter virum et uxorem*, 5, 16.

⁸⁷⁾ « Deportatio tamen (secondo la versione di HOMBERGK) quae veteri aquae et ignis prohibitioni successit, quam aqua et igni interdictionem vocant nostrae leges, non solvit matrimonium. Hoc enim iam antea sacratissimo Constantino humanum visum et a nobis quoque probatum, huic vero legi non annexum est. adeo ut nec de effectibus eius dicendum sit, cum res in suo statu maneat ».

⁸⁸⁾ Si è poi trascurata una prova per l'abolizione della *servitus poenae* a riguardo degli ingenui, che si trova nel seguente cap. 9 della novella 22. GIUSTINIANO vi tratta del caso che un libertino o un figlio di libertino sia stato richiamato in servitù per pena in seguito a sentenza: e vuole che in

ritto derivava appunto lo scioglimento del matrimonio. Era particolarmente in questo che appariva la durezza delle leggi antiche abolite da GIUSTINIANO. Ma se la *servitus poenae* avesse dovuto persistere oltre il caso di condannato ad una pena capitale vivente in rapporto di valido matrimonio, o per lo meno pel condannato a morte, GIUSTINIANO l'avrebbe detto nella sua novella 134, cap. 13, dove tratta dei delinquenti condannati a morte o ad altra pena importante la confisca del patrimonio. Invece dopo la Novella 22 egli non ne parla più. Del resto la confisca non era legata soltanto alla *servitus poenae*, ma anche alla semplice perdita della *civitas* senza riduzione in istato di servitù⁸⁹⁾. GIUSTINIANO potea dunque benissimo avere abolito la *servitus poenae* in onore della nascita libera « *non enim, egli dice, liberam condicionem in servilem statum mutamus, qui ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam demus* », e tuttavia non aboliva per questo la confisca collegata alla pena, poichè essa era collegata ad ogni *capitis deminutio magna* e quindi anche alla semplice perdita della *civitas*. Non vi è dunque contraddizione alcuna fra l'abolizione della *servitus poenae* contenuta nella Novella 22 e la permanenza anche in diritto giustiniano dell'antico principio pel quale ad ogni pena capitale consegue la confisca. GIUSTINIANO⁹⁰⁾ ha solo mitigato quel principio collo stabilire

tal caso la *servitus poenae* esista anche nel riguardo del matrimonio. « *Matrimonium quidem ab initio constitit, servitus autem postea emergens illos, veluti morte secuta (ὡς αὖτε τελευτῆς ἀποικοδομητικῆς) separat; quoniam maiores nostri dicunt servitutem supervenientem non multum a morte differre* ». Per metter poi meglio in evidenza la differenza qui indicata fra ingenui e libertini Enrico AGYLEO, *liber sing. ad ea quae in novellis Iustiniani consuetudinis civile attingunt* (in ZEPERNICK, *Delectus scriptorum Novellas Iustiniani eorumque historiam illustrantium*, Halae, 1783 pag. 41), ha così spiegato il senso del cap. 9. « *In libertinis vero eorumque liberis hae leges vim et auctoritatem retineant, ut poena servitutis subiectis ipsis iustum ac necessarium divortium subsequatur* ». Questo è dunque il solo caso di *servitus poenae* che GIUSTINIANO conferma nella nov. 78 capo 2. — Vedi BORN, *Dissertatio de poenis libertorum ingratorum apud Romanos*, Lipsiae 1738 § 15 in fine.

⁸⁹⁾ L. 1 pr. Dig. de bonis damn., 48, 20.

⁹⁰⁾ Novella 134 cap. 13. « *Sancimus si illi qui ob crimina, in quibus leges publicationem vel mortem definiunt, accusantur, convicti vel condemnati, ne illorum facultates magistratibus vel eorum cohortibus lucro cedant, sed*

che il patrimonio dei condannati per delitti pei quali la legge minaccia la pena di morte o la confisca non cada immediatamente e sempre al fisco, ma a questo siano preferiti in primo luogo gli ascendenti del condannato, se ve ne siano, e questi senza distinzione di grado, poi, in difetto di questi, i discendenti fino al terzo grado. Se poi il condannato lasci la moglie, questa ha diritto in ogni caso alla dote e alla *donatio propter nuptias*; se essa poi non ha dote, essa ha diritto alla quota di successione legittima, se una gliene spetti⁹¹), senza riguardo alcuno se il condannato lasci o no figli. Soltanto quando non esista alcuna di queste persone il patrimonio del condannato cade al fisco. Resta soltanto in vigore l'antico diritto nei casi di condanna per lesa maestà, cioè per alto tradimento. È poi chiarissimo dalle parole della legge che essa si riferisce al caso di confisca tacita che segue alla condanna capitale e non a quei casi di confisca che sono stabiliti a

neque secundum veterum leges fisco deferantur: verum, si descendentes habeant illi bona habeant, exceptis iis quae per id crimen ad eos venerunt. Si nulli descendentes adsint, sed ascendentes usque ad tertium gradum illi ea habeant. Si ita condemnati uxores habeant, omnibus modis iubemus ut illae et donationem propter nuptias accipiant. Quod si etiam sine dote eiusmodi personis cohabitarunt, legibus nostris definitam partem ex tota condemnati substantia accipiant, sive liberos habeant sive non. Si is qui deliquit neminem ex ante dictis, habeat, tunc fisco substantiam illam deferri volumus. In illis autem qui ob crimen laesae maiestatis condemnati sunt veteres leges servari iubemus ».

IRNERIO ha nell'autentica *bona damnatorum*, Cod. de bonis prescript., 9, 49 del tutto alterato il senso della novella, estendendola, contro la volontà del legislatore e le chiare parole di essa, anche ai collaterali fino al terzo grado. L'errore è stato scoperto dal MATTEO, *de criminibus*, ad lib. 48 tit. 18 cap. 2 § 2. Vedasi pure la mia *Einleitung in das Studium des Roem. P. R.* (Introduzione allo studio del diritto privato romano), § 64 pag. 276. — Girolamo ELENO, *Distribarum seu exercitationum ad ius civile*, lib. II, cap. 22 (nel *The-saurus* di OTTONE, II, pag. 1449), ha cercato di mostrare l'integrità dell'autentica e come essa debba esser preferita alla novella, ma gli argomenti da lui portati non sono validi. Vedasi piuttosto A. FABRO, *de erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Decades 73 err. 5. Quanto all'opinione erronea di coloro che vogliono limitare le disposizioni della nov. 134 anche pei discendenti fino al solo terzo grado è già stata confutata da me nella mia *Lehre der Intestaterbfolge* (Successioni intestate), § 162 pag. 617 2.^a ediz.

⁹¹) Nov. 117 c. 3. — LEUNCLAVIUS, *Notatorum*, lib. II, nota 273 nel *The-saurus* di OTTONE, III, 1560.

vantaggio di terza persona, come, per esempio, quella a favore della rapita nel *crimen raptus* ⁹²⁾ o dei figli nel delitto d'incesto ⁹³⁾. È pur chiaro che la legge parla di confisca totale e non parziale, perocchè nell'ultima non si aveva mai riguardo a prossimi parenti ⁹⁴⁾. È discusso però fra gli scrittori se in seguito a questa novella i condannati ad una pena capitale abbiano anche il diritto di testare. Alcuni ⁹⁵⁾ ammettono questo diritto pel motivo che sarebbe cessata la causa di incapacità di testare secondo il diritto civile: in altre parole come colla novella 22, cap. 8, si era abolita la *servitus poenae* così colla novella 134, cap. 13, abolendosi la confisca si sarebbe anche abolito il principio da cui essa derivava, cioè la *capitis deminutio*. Il MENCKEN ⁹⁶⁾ ha però dimostrato in modo esauriente che questa opinione non è accettabile. GIUSTINIANO non ha abolito la conseguenza della pena capitale, secondo la quale, ancorchè non si faccia più luogo alla servitù, tuttavia vi è sempre la perdita della cittadinanza e per conseguenza la confisca del patrimonio; egli ha solo modificato quest'ultima conseguenza per ispeciale favore ai discendenti, agli ascendenti ⁹⁷⁾ ed alla moglie, preferendo questi al fisco. Ma, poichè questi non succedono nel patrimonio del condannato come eredi, bensì sono semplicemente per riguardi di benevolenza preferiti al fisco e debbono quindi quanto loro spetta semplicemente alla legge quasi un beneficio, non sarà il condannato capace di fare il testa-

⁹²⁾ L. un. Cod. *de raptu virg.*, 9, 13.

⁹³⁾ Nov. 12 c. 1.

⁹⁴⁾ L. 1 § 3 Dig. *de bonis damn.*, 48, 20. « CALLISTRATUS, lib. I, *de iure fisci et populi*. Liberis eius, cui pars dimidia dumtaxat bonorum ablata est. partes non dantur. idque et divi fratres rescripserunt ».

⁹⁵⁾ HAHN, *Observationes theor. pract. ad Wesenbecium*, lib. 28 tit. 1 num. 13 ad v. *quorum utrumque*, pag. 259. — HENNIUS, *Variarum resolutionum iuris civilis*, lib. I, tract. 4 q. 10. — van LEUWEN, *Cons. for.*, lib. III, cap. 3 n. 7. — COCCIO, *Ius civile controversum*, II, lib. 28 t. 1 q. 1.

⁹⁶⁾ *Dissertatio de testamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata*, Lipsiae 1694 th. 4-9.

⁹⁷⁾ Già in precedenti costituzioni imperiali, per esempio di ADRIANO, di GRAZIANO, di VALENTINIANO II e TEODOSIO I e di VALENTINIANO III e TEODOSIO II, i discendenti e gli ascendenti del condannato erano stati più o meno favoriti nel riguardo della confisca. L. 7 Dig. *de bonis damn.*, 48, 20. L. 8, 10 Cod. Th. *de bonis prescriptorum*. L. 8, 10 Cod. Iust. *cod.* 9, 49. — Vedi MAREZOLL, *Diss. cit.*, pag. 57-62, e le mie *Successioni intestate*, § 83 pag. 290 della 2.^a ediz.

mento, non potendosi considerare restituito a lui il diritto di testare che egli ha perduto per effetto della *capitis deminutio*. Le persone favorite dalla legge sottentrano soltanto nei diritti del fisco e ottengono il patrimonio coi medesimi diritti e doveri che avrebbe il fisco stesso. Ond'è che il condannato non potrebbe fare alcuna disposizione testamentaria a danno di quelle persone come non ne potrebbe fare a danno del fisco ⁹⁸⁾. Questa è l'opinione accolta dalla maggior parte degli scrittori ⁹⁹⁾

Una quistione diversa molto dibattuta, più ancora della precedente, è quella di sapere se il diritto romano sia ancora in vigore per questo riguardo, o sia invece stato modificato dal diritto penale tedesco. Molti valorosi scrittori ¹⁰⁰⁾ sostengono che il diritto romano sia ancora in vigore: ma questa opinione è da rigettarsi perchè il diritto romano fu modificato dall'articolo 218 dell'ordinanza di giustizia penale di CARLO V. Per quanto diverse possano essere le interpretazioni che i criminalisti danno di questo articolo ¹⁾, tutti però son d'accordo che con esso sia stata abolita la confisca che secondo il diritto romano era tacita conseguenza di ogni pena capitale ²⁾. Essa

⁹⁸⁾ Vedi in specie MAREZOLL, pag. 67-70.

⁹⁹⁾ Anton. MATTEO, *de criminibus*, ad lib. 48 tit. 18 cap. 2 § 5 pag. 768 seg. — DONELLO, *Comm. de iure civili*, lib. VI, cap. 16 § 28 pag. 400 seg. vol. III, dell'edizione di Norimberga 1807. — BACHOVIO, *Notae et animadversiones ad Treutterum*, II, Disp. 10 th. 2 lit. h pag. 527. — HUBERO, *Praelectiones ad Institutiones*, lib. II, tit. 12 § 7. — A. FABRO, *de erroribus prag.*, Dec. 73 art. 2, 5. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.*, h. t. § 29.

¹⁰⁰⁾ STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t. § 10 pag. 716. — BRÜCKNER, *Programma de confiscatione bonorum in delictis*, Jena 1707 rec. 1735. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 787 pag. 657 della 3.^a ediz. — HOEPFNER, *Commentar über*, etc. (Commentario alle Istituzioni di Heineccio), § 470. — VALETT, *Lehrbuch des practischen P. R.* (Trattato pratico del diritto delle Pandette).

¹⁾ Vedi BOEHMER, *Meditationes in const. crim. Carol.*, ad art. 218, *Observationes selectae ad Carpsovium*, quaest. 135 obs. 3 pag. 117 seg. — LOEWENSTERN, *Programma de bonorum publicatione in suppliciorum consequentiam nemesis Carolina sublata, ad interpretandum*, art. 218 const. crim. Car., Buetzow, 1776. — BREMANN, *Programma ad art. 218 C. C. C.*, Gottinga 1783. — WALCH, *Glossarium germ. interpres. C. C. C. inserviens. Introductio in lectionem C. C. C.*, § 3 pag. 8-11.

²⁾ Vedi QUISTORP, *Grundsätze des peinlichen Rechts* (Principii di diritto penale), § 153 della 10.^a ediz. — TITTMANN, *Handbuch des gem. deutschen pein-*

dunque non cessa soltanto a favore dei discendenti e degli ascendenti, come aveva disposto GIUSTINIANO, mitigando colla novella 134, cap. 13 le antiche leggi, essa deve ritenersi abolita in generale; solo è secondo la più esatta interpretazione ³⁾ da ritenersi ancora in vigore nei delitti di lesa maestà, fra i quali CARLO V comprende anche l'alto tradimento, e nei casi in cui le leggi la minacciano espressamente come pena aggiunta alla pena di morte, cioè colpiscono il corpo ed i beni ⁴⁾. In conseguenza la maggior parte degli scrittori ⁵⁾ afferma che anche il condannato a morte, abbia o no figli, è capace di testare purchè non sia condannato per un delitto pel quale la legge minaccia espressamente la confisca ^{m)}.

lichen Rechts (Manuale di diritto penale comune tedesco), volume I, § 77 nota 5.

³⁾ KOCH, *Prefazione alla sua edizione dell'ordinanza di giustizia penale di Carlo V*, § 9 pag. 36-41. — KLEINSCHROD, *Svolgimento dei concetti e delle verità fondamentali del diritto penale*, parte III, § 66, 67. — SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen* (Esposizione della teoria delle pene e dei delitti), vol. I, § 147 pag. 298.

⁴⁾ WALCH, *Glossarium germ. interpr. C. C. C.*, voce: *Leib*, pag. 362 segg. Qui merita un posto la versione latina del REMUS, *Nemesis Carolina*, la quale suona al cap. 218 § 6 pag. 195: « Denique indices gravissime delinquent. cum extra laesae maiestatis crimen, ob delicta alia capitali supplicio, non autem bonorum confiscatione plectenda sotes puniunt, damnatorumque bona in aerarium redigunt. Unde eorum uxores et liberos, illa dote, his patrimonio exspoliatis, ad summam miseramque paupertatem recidere oportet ».

⁵⁾ MENCKEN, *Diss. cit.*, § 27 seg. — SCHILTER, *Praxis iuris romani*, exerc. 28 § 28. — LAUTERBACH, *Collegium th. pract. Pand.*, h. t. § 29. — BOEHMER, *Meditationes ad art. 218 Const. crim. Car.*, § 8 pag. 953. — CLAPROTH, *von Testamenten und Codicillen* (Dei testamenti e dei codicilli), § 6 pag. 52 della 2.^a ediz. — HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani Germanici*, II, § 1254. — GÜNTHER, *Principia iuris Romani privati novissimi*, tomo II, § 716 nota d. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 461 nota 9. — HARTITZSCH, *Diritto ereditario*, § 21.

^{m)} L'incapacità del condannato ad una pena capitale non si trova scritta nel codice civile italiano, ma è risorta col codice penale del 1889 per i condannati all'ergastolo. L'art. 33 di quel codice stabilisce infatti:

« Il condannato all'ergastolo o alla reclusione per un tempo maggiore di cinque anni è durante la pena in istato d'interdizione legale e gli si applicano per l'amministrazione dei beni le disposizioni delle leggi civili sugli interdetti.

« La condanna all'ergastolo priva inoltre il condannato della patria potestà, del-

§ 1407 a.

Testamento di coloro che si trovano nella patria potestà.

Sono esclusi dalla testamentifazione attiva coloro che si trovano sotto la patria potestà⁶⁾ quando non possedano un patrimonio in

⁶⁾ BRAACK, *Dissertatio de testamento filiofamilias*, Groninga, 1754. — RINGEL, *Diss. de iure testandi, quod competit filiofamilias pnes. Kluegel def.*, Wittemberg. 1806. — SCHUMACHER, *Dissertatio de exclusione filiorumfamilias a testamenti factione, specialim quoad bona adventicia extraordinaria*, Goettingae 1781.

l'autorità maritale e della capacità di testare, e rende nullo il testamento fatto prima della condanna ».

Vigente il codice sardo e il codice toscano l'art. 3 delle Disposizioni transitorie 30 novembre 1865 per l'attuazione del codice civile aveva stabilito semplicemente che fino alla promulgazione di un codice penale unico la pena di morte, l'ergastolo e i lavori forzati a vita traessero seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale e la interdizione legale, intendendosi per quest'ultima il togliimento della capacità di amministrare i suoi beni, di alienarli, di ipotecarli o disporne *altrimenti che per testamento*; e così il codice stesso all'art. 763 non annovera fra gl'incapaci di testare i condannati a morte od all'ergastolo. Il nuovo codice, come si vede, è stato sotto questo riguardo più restrittivo.

Per ciò che riguarda i militari, il diritto nostro ha, se non m'inganno, una disposizione del tutto analoga a quella del diritto romano a favore dei condannati a morte colla fucilazione nel petto; questi non perdono la capacità di testare. In fatto il codice penale per l'esercito dice agli articoli 7 e 8 che la pena di morte pronunciata in forza del codice penale comune, la pena dei lavori forzati a vita o a tempo, quella della reclusione ordinaria, nei casi in cui rende indegno il condannato di appartenere all'esercito (cfr. art. 5), nonchè la fucilazione nella schiena importano la degradazione e tutti gli effetti attribuiti dal codice penale comune. È evidente che fra questo effetto erano sotto il regime dei vecchi codici penali le incapacità sancite dall'art. 3 delle Disposizioni transitorie 30 novembre 1865 e sotto il regime del codice nuovo quelle sancite dall'art. 33. Vale a dire che, per ciò che si attiene alla capacità di testare, questa si perde dopo l'attuazione del codice penale dell'89 dal condannato a morte previa degradazione e dal condannato ai lavori forzati a tempo, queste due sole essendo le pene del codice militare corrispondenti all'ergastolo. Al caso di condanna a morte senza degradazione, cioè colla fucilazione nel petto, non sono applicabili le disposizioni degli articoli 7 ed 8; le incapacità del codice penale comune non colpiscono dunque tale condannato; ciò che è perfettamente in armonia col principio dell'art. 1 cod. pen. mil. per cui tale condanna non rende neppure indegno colui che n'è colpito di appartenere all'esercito; logico è dunque che non perda la capacità di testare.

L'incapacità testamentaria del condannato all'ergastolo, o a morte previa degradazione, trattandosi di militari, non ha mai, del resto, nel diritto nostro carattere di confisca a favore dello Stato; i beni vanno agli eredi legittimi secondo le regole ordinarie della successione intestata.

riguardo al quale siano considerati come persone *sui iuris*. « Qui alieno iuri subiecti sunt testamenti faciendi ius non habent », insegna GIUSTINIANO nelle sue Istituzioni ⁷⁾ e in una costituzione dell'anno 531 ⁸⁾ egli dice:

« Nullo etenim modo filiis familias cuiuscumque gradus vel sexus testamenta facere permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur quae filiisfamilias nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit ».

Il testamento fatto dal figlio di famiglia è dunque nullo e tale rimane anche se egli muoia in appresso *sui iuris*: ciò ne è insegnato da MODESTINO nel libro V delle sue Pandette ⁹⁾. Si crede generalmente che il motivo della incapacità di testare del figlio di famiglia stia nella legge delle XII Tavole: « Paterfamilias uti legassit ita ius esto ». Poichè la legge concede solo al *paterfamilias* il diritto di testare, ne consegue che questo diritto non spetta ad un *filiusfamilias* ¹⁰⁾. Si deve però ritenere come certo che la parola *paterfamilias* non sia genuina ¹¹⁾, onde l'infondatezza della conseguenza che se ne desume. In fatti nessuno fra i giureconsulti classici ¹²⁾ che citano la

⁷⁾ Pr. Inst. *quibus non est perm. fac. test.*, 2, 12. Vedi anche L. 16 Dig. h. t.

⁸⁾ L. 11 Cod. *qui test. facere poss.*, 6, 22.

⁹⁾ L. 19 Dig. h. t. Parimente GIUSTINIANO, pr. I. cit. in fine. — TEOFILO, *Paraphrasis graeca* (tomo I, pag. 361 dell'edizione Reitz), osserva a questo punto: γὰρ αἱ οὐ μόνον τὸν καιρὸν τῆς τελευτῆς, ἀλλὰ καὶ τὸν τῆς ποιήσεως τῆς διαθήκης, εἰ ἐν ἑκατέρῳ χρόνῳ παρὴσιον εἶχε τοῦ διατίθεσθαι (« Spectamus enim semper non modo tempus mortis, sed et confectionis testamenti, an utroque tempore testandi licentiam habuerit »).

¹⁰⁾ DUARENO, *Comm. ad h. t. Pand.*, cap. 2. — ANT. FABRO, *Iurisprudentia Papin.*, tit. II, princ. 5 illat. 1 pag. 47. — DE-RETES, *Miscellanea*, lib. I, cap. 22 num. 8 nel *Thesaurus* del MEERMANN, tomo VI, pag. 73. — HEINECCIO, *Antiquitates Romanae*, lib. II, tit. 10, 11, 12 § 18.

¹¹⁾ ERB, *Unächtheit des paterfam.*, ecc. (Sulla non genuinità del « pater familias uti legassit » nelle 12 tavole) nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino civilistico) dell'HUGO, vol. IV, num. XV, pag. 462-83. — DIRKSEN, *Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafeln Fragmente* (Critica e ricostruzione del testo dei frammenti delle XII tavole), cap. 11 tab. 5 fragm. 3 pag. 329 seg.

¹²⁾ Cfr. ULPIANO, XI, 14. — GAIO, II, 224. — POMPONIO, L. 120 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16; pr. I. *de lege Falcidia*, 2, 22. GIUSTINIANO nella nov. 22 cap. 2 così riferisce la legge delle XII tavole: « uti legassit quisquis de rebus suis, ita ius esto ».

legge delle XII tavole accenna all'esistenza di quella parola. D'altronde se la parola *paterfamilias* fosse stata genuina non avrebbero i giureconsulti fatto richiamo prima di tutto a questa legge come a una prova inconfutabile ed evidente del principio che il figlio di famiglia non è capace di testare? E se la parola *paterfamilias* fosse stata nelle dodici tavole non sarebbero escluse dalla facoltà di testare anche le donne? Or queste tuttavia, quando fossero *sui iuris*, ne erano capaci, sebbene *tutore auctore* ¹³⁾. Ben altro motivo danno i giureconsulti romani del principio che il figlio di famiglia non possa testare.

ULPIANO ¹⁴⁾ dice: « *filius familias testamentum facere non potest, quoniam nihil sum habet ut testari de eo possit* ».

Lo stesso motivo indica TEOFILO ¹⁵⁾ colle parole:

ὑπεξούσιος γὰρ οὐ δύναται δικτῆσθαι, ἐπειδὴ διαθήκη ἐστὶ τῶν ὄντων δικτύπωσις, οὐ νομίζεται δὲ τι εἶχει ὁ ὑπεξούσιος ἐν κληροστάτῃ ἱξουσίᾳ, ὥστε πράττειν ἃ βούλεται ἐν αὐτῷ. (Alieni enim iuris qui est testari non potest, quoniam testamentum est rerum suarum ordinatio, verum qui alieni iuris est haud creditur quidquam in plenissima habere potestate, ita ut quae velit in eo facere possit).

E parimente ancora in altro luogo ¹⁶⁾: ἐπειδὴ διαθήκη ἐστὶ τῶν ὄντων δικτύπωσις, ὑπεξούσιος δὲ οὐ δύναται, ὡς βούλεται τὰ οἰκεία διατυποῦν (... filius autem familias res suas ut vult ordinare nequit).

È innegabile che TEOFILO si riferiva qui alla legge delle dodici tavole « *uti legassit suae rei ita ius esto* » ¹⁷⁾, come fanno altrove

¹³⁾ GAI, II, 118. — ULPIANO, XX, 15. — DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte*, ecc. (Contributi alla storia dei testamenti romani) cap. IV, p. 266-301. — SCHILLING, *Bemerkungen über die Römische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 375. Confr. il § 1404 d di questo *Commentario*.

¹⁴⁾ XX, 10.

¹⁵⁾ *Paraphrasis graeca Institutionum*, II, 10, 9.

¹⁶⁾ L. II, tit. 12 pr.

¹⁷⁾ ULPIANO (XI, 14) riporta la legge così: « *uti legassit super pecunia tutelae suae rei* ». Le parole *suae rei* devono qui farsi dipendere da *legassit*, non già da *pecunia tutelae*, essendo l'espressione *legare suae rei* nel senso di *legem dicere suae rei* ben conosciuta. Le parole *super pecunia tutelae* si devono dunque considerare come una maggior determinazione del *suae rei*, e che

GAIO ¹⁸⁾ e POMPONIO ¹⁹⁾, e perciò traeva il motivo da lui dato dalle leggi delle dodici tavole. Certamente quindi egli avrebbe dato un maggior peso alla parola *paterfamilias* che alle altre *suas rei*, se quella fosse stata nelle dodici tavole. Risulta dunque da ciò che il motivo della incapacità di testare dei figli di famiglia consisteva in origine nel rigore della patria potestà, per cagion della quale essi non avevano nulla di proprio su cui testare. Per l'antico diritto di famiglia infatti è il solo *paterfamilias*, come ne insegna ULPIANO nel libro 46 *ad edictum* ²⁰⁾, « qui in domo dominium habet », vale a dire sul patrimonio della famiglia ²¹⁾. In seguito il figlio di famiglia potè pure acquistare un patrimonio proprio; si sarebbe pertanto dovuto credere che la incapacità del figlio di famiglia fosse cessata, ma invece essa perdurò perchè l'antico punto di vista non era del tutto cessato. Infatti per ciò che riguarda i beni avventizi del figlio di famiglia l'imperatore COSTANTINO ²²⁾ attribuisce al padre un diritto di amministrazione come se *solidum perfectumque dominium ei acquisitum fuisset*: e il GALVANO ²³⁾ chiama non impropriamente questo un *dominium patri iure familiare competens*. Benchè dunque la proprietà di queste cose spettasse al figlio, esse non erano tuttavia cose sue in modo che egli potesse testare su di esse. Sinchè il figlio era nella patria potestà si consideravano in certo modo come parte del patrimonio paterno; onde il padre le doveva dichiarare nel censo come patrimonio suo. Così si spiega come l'imperatore GIUSTINIANO nella L. 7 Cod. *qui bonis cedere possunt* 7, 71 conceda ai figli di famiglia la *cessio bonorum* « cum possint habere substan-

significano « sive super pecunia (sul patrimonio) sive super tutela ». Confr. SCHILLING, *Bemerkungen*, ecc. (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 97 nota 228 e il § 1305 nota 99 di questo *Commentario* (vol. XXIX, pagina 205 dell'originale tedesco).

¹⁸⁾ L. 120 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16.

¹⁹⁾ Inst. II, 224.

²⁰⁾ L. 195 § 2 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16.

²¹⁾ ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto privato romano), vol. I, § 179 pag. 659.

²²⁾ L. 1 Cod. *de bonis mat.*, 6, 66.

²³⁾ *De usufructu*, cap. 8 n. 6. Vedi il § 909 di questo *Commentario* (vol. XIV, pag. 372 dell'originale tedesco).

tias quae patribus acquiri vetitae sunt » e tosto indichi fra queste il peculio castrense, ma soggiunge poi: « et si nihil in suo censu hi qui in potestatem parentum sunt habeant ». Il peculio castrense e più tardi quello quasi castrense costituito a sua imitazione erano i soli sui quali fosse al figlio di famiglia concesso di testare dalle costituzioni imperiali; ma se il figlio non si serviva di questo diritto e moriva intestato, il peculio andava secondo il primitivo diritto al padre, il quale non se ne considerava spogliato che condizionatamente e lo riacquistava *postliminii cuiusdam similitudine*, come dice TRIFONINO ²⁴⁾, non come eredità, ma come peculio, quasi che egli ne fosse rimasto fin da principio proprietario illimitato ²⁵⁾ *retroque videatur habuisse rerum dominia*. Il padre dunque non acquistava la proprietà del peculio castrense del figlio ²⁶⁾, ma questa gli restava ²⁷⁾, essendo egli già proprietario durante la vita del figlio e soltanto restando tale sua proprietà inefficace finchè il figlio viveva ed era incerto se si sarebbe valso del suo diritto di testare ²⁸⁾. Soltanto il figlio poteva disporre di questo peculio come proprietario illimitato quasi fosse un *pater familias* ²⁹⁾ senza che il padre potesse impedirglielo od invadere la sua proprietà con propri atti di disposizione ³⁰⁾. Il padre poteva

²⁴⁾ L. 19 § 3 in fin. Dig. de castrensi pec., 49, 17.

²⁵⁾ L. 3 § 10 Dig. de minor. L. 1, 2, 9, 14, 17 pr. § 1 Dig. de castr. pec., 49, 17. Vedi la mia *Erörterung der Lehre der Intestaterbfolge* (Esposizione della dottrina dell'eredità intestata), § 68 della 2.^a ediz. — MÜHLENBRUCH, *Observationes iuris romani*, spec. 1. Regiomonti 1818, cap. 1 num. 11 pag. 28 seg. — ZIMMERN, *Storia*, vol. I, § 187 pag. 687. — DE-RETES, *Opuscul.*, lib. V, cap. 9, e il § 129 di questo *Commentario*.

²⁶⁾ L. 1 § 22 Dig. de collat. bon., 37, 6: *non enim nunc acquiritur*, dice ULPIANO, *sed non admittitur*.

²⁷⁾ L. 5 Cod. de castr. pec., 12, 37. *Intelligis filio qui militavit defuncto*, rescrivono gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, *peculium eius penes patrem remansisse, non hereditatem patri quaesitam*.

²⁸⁾ DE-RETES, *Opusc.*, lib. V, cap. 6 in MEERMANN, *Thesaurus*, VI, pag. 256 e segg.

²⁹⁾ L. 2 Dig. de Senatusc. Mae., 14, 6. L. 15 § 3. L. 18 § 4, 5 Dig. de castr. pec., 49, 17.

³⁰⁾ L. 4 § 1. LL. 5, 6, 10, 12 Dig. de castr. pec., 49, 17. L. 2, 3 Cod. eod. A ciò si riferisce anche GIOVENALE nella sua Satira 16 v. 51-54:

*Solis praeterea testandi militibus ius
Vivo patre datur; nam quae sunt partu labore
Militiae placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cuius regimen pater.*

bensi compiere a riguardo di quello negozi vantaggiosi al figlio, per esempio liberare una cosa del peculio da una servitù ³¹⁾; altri negozi non potevano valere se non per virtù retroattiva quando il figlio non avesse fatto uso nel suo diritto di testare ³²⁾. In altre parole il peculio castrense era *sum* del figlio di famiglia in quanto questi facesse effettivamente uso del diritto concessogli di testare ³³⁾. Si vede dunque da ciò che qui vi era piuttosto una disposizione di favore pel soldato che una limitazione della patria potestà ³⁴⁾, ond'è che se il figlio moriva senza testamento il carattere del peculio appariva subito di nuovo nel fatto che il peculio castrense tornava al padre: *nam cum apud patrem remanet*, dice PAOLO nel libro 11 delle Questioni ³⁵⁾, *ius pristinum durat et peculium est*. Ma anche pel caso che il figlio restasse, si vedono tuttavia tracce evidenti di questo carattere del peculio. In primo luogo infatti l'erede istituito non è considerato un vero *heres*, ma si considera piuttosto che egli riceva una *quasi hereditas* tanto se sia il padre quanto se sia un estraneo. ULPIANO dice nel libro IV delle Disputazioni ³⁶⁾:

« Castrense peculium filii familias si quidem testatus decessit, quasi hereditatem deferri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem. Sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur ».

Parimente ULPIANO nel libro 67 *ad edictum* ³⁷⁾ dice:

« Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur, si autem testamento facto, hic ³⁸⁾ pro hereditate habetur castrense peculium ».

³¹⁾ L. 18 § 3 Dig. *de castr. pec.*, 49, 17.

³²⁾ L. 18 § 1 Dig. *eod.* L. 44 pr. Dig. *de legatis*, I, 30. L. 98 § 3 Dig. *de solut.*, 46, 3.

³³⁾ Vedi ERB, *Diss. cit.* nel *Magazzino civilistico* dell'HUGO, IV, pag. 472.

³⁴⁾ L. 10 pr. Dig. *Ad S. C. Tert. et Orphil.*, 38, 17. « Magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, non ut omni modo quasi patresfamiliarum in ea resint ». (POMPONIO). Cfr. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, II, § 305.

³⁵⁾ L. 18 pr. Dig. *Ad legem Falc.*, 35, 2.

³⁶⁾ L. 9 pr. Dig. *de castr. peculio*, 49, 17.

³⁷⁾ L. 2 Dig. *eod.*

³⁸⁾ « Hic, id est, hoc in casu, patre scilicet herede scripto, et hereditatem adeunte ». Vedi DE-REYES, *loc. cit.*, lib. V cap. 8 n. 2.

Che l'erede istituito fosse un successore universale era fuori di questione ³⁹⁾; sembra solo che fra i giureconsulti romani si dubitasse se fosse da ritenere un successore pretorio o se egli succedesse *per universitatem* in virtù delle costituzioni ⁴¹⁾. L'opinione prevalente stava per quest'ultima alternativa; e ciò appare dalle seguenti dichiarazioni di ULPIANO nel libro 19 *ad edictum* ⁴¹⁾:

« Si filii familias militis peculium sit, fortius defendi potest hereditatem effectam per constitutiones ».

Pertanto si concedevano al successore i diritti ed i rimedi di un erede civile, non del semplice erede pretorio, per esempio il *iudicium familiae erciscundae*, cui accenna ULPIANO nel luogo citato, e la *hereditatis petitio*. PAOLO infatti dice nel libro 20 *ad edictum* ⁴²⁾:

« Puto peti posse hereditatem ex testamento, nobis obvenientem »; e PAPINIANO nel libro II delle Definizioni ⁴³⁾:

« si testamento scriptus heres extiterit perpetuo *civiliter* ut heres convenietur ».

³⁹⁾ Il successore del figlio di famiglia *miles* era perciò obbligato come un erede al pagamento di tutti i debiti, mentre il padre, qualora il figlio morisse intestato, era obbligato dei debiti solo *peculiotenus* e per diritto pretorio soltanto per un anno. L. 17 pr. Dig. *de castr. peculio*, 49, 17.

« PAPINIANUS, lib. II *Definitionum*. Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius et annum utilem iure praetorio solvere cogitur ».

Aggiungi L. 1 Dig. *quando de peculio actio annalis est*, 15, 1.

⁴⁰⁾ MÜHLENBRUCH, *Observationes iuris romani*, spec. I cap. I pag. 31. — HASE, *Sull'universitas iuris et rerum*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 48-49.

⁴¹⁾ L. 1 § 2 Dig. *fam. ere.*, 10, 2.

⁴²⁾ L. 34 pr. Dig. *de her. pet.*, 5, 3.

⁴³⁾ L. 17 pr. Dig. *de castrensi peculio*, 49, 17. PAPINIANO parla qui particolarmente del padre. Se questi era istituito erede dal proprio figlio era tenuto dei debiti di lui secondo il diritto civile, non quindi per un anno solo come se il peculio gli fosse rimasto *iure patriae potestatis*, bensì in perpetuo. Se però il padre rifiutava l'eredità *ex testamento* per succedere quasi *ab intestato iure peculii*, i legatarii potevano in forza dell'editto *si quis omitta causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* agire ugualmente contro il padre in perpetuo e non solo dentro un anno, nei limiti però del peculio castrense. Così insegna PAPINIANO nella L. 17 § 1 cit. Vedi DE-RETEA, *Opusculorum*, lib. III, ad L. ult. Dig. *ad legem Falcidiam* nel *Thesaurus* del MEERMANN, tomo 6 pag. 181 num. 7.

Il peculio castrense sul quale il figlio di famiglia avesse testato non si considerava come una eredità subito dopo la morte, ma solo più tardi quando il testamento veniva confermato dall'adizione, di guisa che nel frattempo non trovava applicazione la finzione per cui una eredità non ancora adita rappresenta la persona del defunto ⁴⁴). Ciò viene confermato dai seguenti testi:

L. 18 pr. D. *de stipulatione servorum* 45, 3:

« PAPINIUS, libro 27 *Quaestionum*. Si servus communis Maevii et castrensis peculii, defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur: quoniam partem non facit hereditas eius, quae nondum est. Non enim si quis heredem existere filio familias dixerit, statim et hereditatem eius iam esse consequens erit: cum beneficium principalium constitutionum in eo locum habeat, ut filiusfamilias de peculio testari possit: quod privilegium cessat, priusquam testamentum aditione fuerit confirmatum ».

L. 18 pr. D. *ad legem Falcidiam*, 35, 2:

« PAULUS, libro 11 *Quaestionum*. Filiusfamilias, qui militaverat, decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit? Dixi, legem Falcidiam inductam esse a Divo Pio etiam in intestatorum successione propter fideicommissa sed in proposito nec hereditatem esse: quamvis placeret mihi, extraneo herede instituto ⁴⁵) fieri hereditatem aditione eius ».

⁴⁴) Vedi DE-RETES, *Opusc.*, lib. V, cap. 17, *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 262 segg. — SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 365. Di opinione diversa è il MAIANSIO, *Dissertatio de hereditate iacente*, § 20 nelle sue *Disputationes iuris civilis*, tom. II, num. 36 pag. 49 segg.

⁴⁵) Antonio FABRO, *Iurispr. Papin.*, tit. XI, princ. 9 ill. 5 pag. 657, dalle parole *extraneo herede instituto* argomenta che PAOLO sia stato per il caso che il padre fosse istituito erede di opinione diversa da quella di ULPIANO in L. 9 Dig. *de castr. pec.*, 49, 17, e dà la preferenza all'opinione di PAOLO, per il motivo che al padre spettava già la proprietà del peculio *iure patriae potestatis* e quindi egli non poteva coll'adizione acquistare ciò che era già suo. Il DE-RETES, *Opusc.*, lib. V, cap. 2 num. 9, 10 pag. 267 segg., ha dimostrato però l'inesattezza dell'opinione del grande FABRO. Si confr. piuttosto CUIACIO, in lib. VII *Quaestionum Pauli*, ad h. L. 18 (Opere edita da FABROT., II, 1149).

Il motivo per cui il peculio castrense non era considerato un'eredità sin dalla morte del figlio di famiglia, ma solo dopo che l'eredità istituito aveva adito l'eredità, era quello di render possibile che il peculio, se l'eredità non aveva, tornasse al padre. Infatti se il figlio aveva testato la proprietà del padre sul peculio doveva cessare, nè era possibile ammettere che essa perdurasse dopo la morte del figlio, mentre che l'eredità deliberava, perchè in tal caso si avrebbe dovuto dire che l'eredità accettando poi l'eredità ricevesse la proprietà delle cose del peculio non dal testatore ma dal padre, e ciò sarebbe stato improprio.

Pertanto, non ritenendo che vi fosse eredità nel periodo durante il quale l'eredità deliberava, si ammise che quando il figlio avesse nominato un erede nel testamento vi fosse una probabilità di eredità a cagione della quale la proprietà del padre non poteva durare. Ma se il peculio castrense dopo la morte del figlio non apparteneva più al padre e neppure si poteva considerare prima dell'adizione come un'eredità, restava dunque senza proprietario? No, si fingeva un peculio castrense giacente, retto dallo stesso diritto della eredità giacente di un padre di famiglia. Per conseguenza tutto ciò che fosse accresciuto al peculio durante il periodo di sospensione per opera di un servo castrense, a mo' di esempio, non andava perduto, restava in sospenso finchè l'eredità intestato avesse accettato o rifiutato l'eredità. Nel primo caso quell'accrescimento apparteneva all'eredità, nel modo stesso che se egli avesse adito l'eredità al momento della morte del testatore, nel secondo caso apparteneva al padre cui tornava il peculio come se il figlio non avesse testato. L'opinione più rigorosa secondo la quale l'accrescimento non avrebbe dovuto mai spettare al padre per la ragione che lo schiavo durante il periodo della deliberazione non apparteneva a lui era stata mitigata per un riguardo di equità verso il padre stesso e così cessata ogni distinzione fra l'eredità che avesse adito l'eredità ed il padre che tornasse ad essere proprietario del peculio castrense ⁴⁶⁾. Ciò appare dal seguente testo:

⁴⁶⁾ DE-RETES, loc. cit. c. 7 num. 4-9 pag. 263. — CUIACIO, in lib. 27 *Quaestionum Papiniani*, ad L. 14 Dig. de castr. peculio.

L. 14 § 1 e 2 D. *de castrensi peculio* 49, 17:

« PAPINIANUS, libro 27 *Quaestionum*. Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum acceperit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, cum in illo tempore non fuerit servus patris, quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligatur: ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem⁴⁷⁾. Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam acquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat⁴⁸⁾ § 2 Legatum, quod ei servo relictum est, quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum, omisso testamento patri tunc primum per servum acquireretur, cum, si fuisset exemplo hereditatis peculio acquisitum, ius patris hodie non consideraretur ».

PAPINIANO ammette qui che il padre acquisti il legato che sia stato lasciato al servo durante il periodo in cui l'erede deliberava, se poi questi abbia rinunciato e il peculio sia tornato al padre, e ciò per riguardo di equità verso il padre non ostante che per una stipulazione o un qualunque altro acquisto *inter vivos* egli fosse secondo lo stretto diritto di altra opinione. Tuttavia PAPINIANO stesso non ammette a favor del padre un acquisto retroattivo come a fa-

⁴⁷⁾ Il MAJANSIO, *Dissertatio de peculio castrensi* nelle *Disputationes iuris civilis*, tom. I, num. 14 pag. 294, ritiene che queste parole non siano la decisione di PAPINIANO, ma solo il contenuto della questione, cui PAPINIANO comincia a rispondere colle parole *sed paterna verecundia*. Il complesso del discorso però è contrario a questa interpretazione.

⁴⁸⁾ Il CUIACIO, loc. cit., crede che queste parole non siano di PAPINIANO, bensì una nota qui interpolata di ULPIANO, senza però nominarlo. Che le cose qui dette rispondano all'opinione di ULPIANO appare dalla L. 33 Dig. *de acq. rer. dom.*, 41, 1: ma, anche astraendo dalla poca credibilità del fatto che i compilatori delle Pandette abbiano interpolato una nota di un giureconsulto in contraddizione con l'opinione di PAPINIANO senza neppur nominarla, è da osservare che, come già dimostrò il WIELING, *Iurisprudentia restituta*, pag. 318, sulla base delle LL. 31 § 3 Dig. *de neg. gestis*, 3, 5 e 3 Dig. *de adm. rer. ad civil. pert.*, ULPIANO scrisse note ai libri *responsorum*, ma non ai libri *quaestionum* di PAPINIANO.

vore dell'erede che abbia adito l'eredità, il padre, egli dice, acquista il legato lasciato allo schiavo soltanto dal momento in cui l'eredità sia stata rifiutata e il testamento destituito. Durante il periodo in cui l'erede scritto deliberava, non v'era alcuna eredità, ma solo, come TRIFONINO insegna nella L. 19 § 5 Dig. *de castrensi peculio*, 49, 17, una *imago successionis*. Per conseguenza nessuno poteva in tal periodo di tempo acquistare il legato lasciato al servo, a cagione della incertezza se l'eredità sarebbe o no stata adita, non acquistava dunque il padre perchè la sua proprietà era interrotta da quella *imago successionis*, non l'erede perchè, per il rifiuto dell'eredità, la proprietà attribuita in quel periodo all'*imago successionis* sarebbe andata estinta, essendo essa in altre parole una proprietà revocabile. Il legato pertanto poteva essere acquisito al padre soltanto dopo che il testamento del figlio fosse destituito per rifiuto dell'erede, poichè allora soltanto lo schiavo tornava ad essere sua proprietà; l'acquisto non poteva avere effetti retroattivi. Il motivo di ciò è che essendo la proprietà delle cose castrensi in quel periodo intermedio considerata come appartenente a quella *imago hereditatis iacentis* non si poteva ammettere che non fosse cessata la proprietà del padre senza arrivare alla incongruenza dell'esistenza della proprietà di due nel medesimo tempo. PAPINIANO però dà anche un'altra ragione. Se vi fosse stata una vera eredità giacente il legato acquistato dallo schiavo durante il periodo della deliberazione sarebbe stato accresciuto irrevocabilmente al peculio, tanto se l'erede avesse poi accettato quanto se avesse rinunciato all'eredità. Ma la *imago successionis* che si ammette nel frattempo produce soltanto una proprietà interinale, la quale in seguito viene confermata od annullata secondo che l'erede istituito accetti o rifiuti l'eredità. Se pertanto l'erede rinuncia all'eredità e la proprietà del padre sul peculio castrense rinasca, il diritto del padre sul legato non si può considerare esistente prima di questo momento, perocchè nel frattempo egli non può avere acquistato per mezzo del servo castrense. Il testo di PAPINIANO si comprende così chiaramente ⁴⁹⁾.

⁴⁹⁾ Vedi CUIACIO, loc. cit. e DE-RETES, loc. cit., num. 16 pag. 265.

L. 33 pr. D. *de acquir. rer. dominio*, 41, 1:

« ULPIANO, libro 4 *Disputationum*. In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filii familias militis legatur, vel eo, quod stipulatur servus, tractatur apud Marcellum, libro vicesimo, ex cuius persona vel stipulatio vires habeat, vel legatum? Et puto verius, quod et SOAEOVAE videtur, et ipse MARCELLUS tractat, si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo, si adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda ⁵⁰⁾, et si ususfructus fuerit huic servo relictus, modo patri videri delatum, modo heredi: nec a persona in personam creditur transisse ».

L. 19 § 5 D. *de castrensi peculio* 49, 17:

« TRYPHONINUS, libro 18 *Disputationum*. Quid autem, si testamentum fecerit filius, et non sit eius adita hereditas? Non tam facile dicere, continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium: cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes imaginem successionis ⁵¹⁾ praestiterit: alioquin, et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur a patre ad eum transisse proprietatem: quod absurdum est, si ⁵²⁾ in pendent, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia,

⁵⁰⁾ Poichè secondo questa legge, nel caso che l'erede non accetti l'eredità, ciò che è stato legato al servo castrense o che questi ha stipulato durante il periodo della deliberazione si considera come cosa acquistata da un servo del padre, questi acquista il legato, nel caso che il peculio castrense gli rimanga, come se il servo fosse stato sempre sua proprietà. § 3 I. *per quas pers. nobis acq.* § 1 I. *de stip. serv.* Secondo questo concetto l'acquisto si dovrebbe retrotrarre. Il CUIACIO per ciò nel suo Commento al libro 27 delle Questioni di PAPINIANO, ad L. 14 D. *de castr. pec.*, 49, 17, sostiene che il medesimo riguardo di equità, che PAPINIANO in quella L. 14 § 1 fa valere per l'acquisto *stipulationis et rei traditae per servum*, debba valere anche per il legato lasciato al servo, in guisa che il padre acquisti il legato non dal momento della rinuncia all'eredità, ma sin da principio.

⁵¹⁾ Così legge la Fiorentina. Più esatta però sembra la lezione *successionis* seguita da BAUDOZA CESTIO, da CLAUDIO CHEVALLON e dal BECK. L'ALOANDRO e il MIREO leggono *successori*.

⁵²⁾ Parecchie edizioni leggono *nisi*, per esempio quelle di BAUDOZA, ALOANDRO, CHEVALLON, MIREO e MERLINO, anche la Glossa preferisce questa lezione. Nello stesso senso A. FABRO, *Iurispr. Papin.*, tit. XI pr. 9 illat. 5. — MAIANISIO, *Diss. de peculio castrensi*, § 35 pag. 285. — POTHIER, *Pandectae Iustin.*, tom. III, lib. 49 tit. 17 n. 13 nota e pag. 589. Contro DE-RETES, *Opusc.*, lib. V, cap. 7 num. 9 pag. 263.

ut ex facto retro fuisset, aut non fuisset patris credamus. Secundum quod difficile erit expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset: an id ad ipsum pertineat, cum utique ad heredem filii pertineret: facilius tamen de libertate servi deliberatio est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. Non est ergo ratio respondendi, competere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris. Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus » ⁵³).

L. 9 in med. D. eod. tit.:

« ULPIANUS, libro 4 *Disputationum*. Quibus ita praemissis, et in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse: unde posse dici, etiam aucta patris bona per hanc repudiationem ».

⁵³) Sembra che qui TRIFONINO non risolva la prima questione, quella cioè che al servo castrense, nel periodo in cui l'erede deliberava, sia stato lasciato un legato da persona dal cui testamento il padre non avrebbe potuto acquistare, e l'erede istituito, che invece sarebbe stato capace di acquistare il legato, rinunci all'eredità. In tal caso il padre cui ritorna il peculio castrense acquista lo schiavo col legato? Il CUIACIO, in lib. 27 *quaest. Papiniani*, ad L. 14 D. *de castr. pec.*, decide la questione in senso affermativo per la ragione che il padre al tempo in cui il legato veniva ad essere acquistato al servo non poteva ancora considerarsi veramente padrone di questo, nè potrebbe qui dirsi *diem legati inutiliter cessisse*. Ciò è esatto; perchè il legato si accresceva al peculio durante il periodo della deliberazione *tamquam imagini hereditatis iacentis*, come dice TRIFONINO. Il peculio castrense *instar hereditas quasi iacens* rappresentava il figlio defunto come se fosse ancor vivo, e questi non era incapace del legato; se poi l'erede rinunciava, logicamente il legato cadeva insieme col peculio al padre. TRIFONINO, è vero, passava, senza risolvere questa prima, ad un'altra questione, se cioè il servo ereditario acquistasse la libertà qualora le venisse data dal padre nel tempo in cui non ne era ancora proprietario. A stretto diritto il servo non avrebbe acquistato la libertà, come il padre non avrebbe acquistato il legato lasciato, posto che questo non si potea considerar proprietà del padre durante il periodo della deliberazione. Ma TRIFONINO ha risolto ambedue i casi a favore del padre colle parole: *favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus*. Vedi DE-RETES, loc. cit., num. 18 pag. 265. — Atanasio OTEYZA e OLANO, *Paralip. et elect. iuris civ.*, lib. III, cap. 12 num. 31-34 nel *Thesaurus* del MEERMANN, tom. I, pag. 188 seg. — POTHIER, *Pand. Inst.*, tomo III, lib. 49 tit. 17 n. 13 note e, g, h pag. 589.

ULPIANO e TRIFONINO sono d'accordo nel ritenere che quando l'erede istituito rifiuta l'eredità, il peculio castrense torni al padre come se non avesse mai cessato di essere sua proprietà.

Questo antico diritto del padre sul peculio è stato abolito per diritto nuovo, tanto pel peculio castrense quanto per quello quasi castrense, i quali ormai si trasmettono come ogni altro patrimonio del figlio morto sotto la patria potestà *iure communi* ⁵⁴⁾.

Oltre il peculio militare, sia esso acquistato *in castris* o quasi *in castris*, non c'è altro peculio su cui il figlio possa testare. GIUSTINIANO lo dice espressamente nel pr. I. *quibus non est permissum facere testamentum* 2, 12:

« Praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit inutile est, licet saae potestatis factus decesserit ».

GIUSTINIANO ⁵⁵⁾ osserva però in particolare a riguardo del peculio

⁵⁴⁾ Vedi la mia *Erörterung der Lehre der Intestaterbfolge* (Trattazione della teoria dell'eredità intestata), § 80 della 2.^a ediz. e il § 136 di questo *Commentario*. — ZIMMERN, *Geschichte* (Storia del diritto privato romano), I. parte II, §§ 187, 188.

⁵⁵⁾ Pr. I. cit. « Quod quidem ius ab initio tantum *militantibus* datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani et dimissis honeste a militia, id est, veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberibus vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem posse adimere, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed proprium eius esse qui id in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium qui in parentum sunt potestate peculia perinde in bonis parentum computantur ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non acquiruntur ».

Io mi limito ad osservare qui che ULPIANO discorda da GIUSTINIANO nell'esposizione storica di questo punto, là dove egli dice: « Sed divus Augustus Marcus constituit ut filius familias miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere posset ». Per metter d'accordo ULPIANO e GIUSTINIANO alcuni, come il CUIACIO, lo SCHULTING, ad *Ulpianum*, nota 34 nelle *Iurisprudentia vetus anteius.*, pag. 630, EV. OTTONE, *Comm. ad pr. I. quibus*

castrense che da principio l'imperatore AUGUSTO e poi NERVA e TRAIANO concessero il diritto di testare su quel peculio soltanto ai figli di famiglia che effettivamente servivano come militari e che solo il divo ADRIANO estese tale diritto a tutti coloro che avevano lasciato il servizio militare con onore, vale a dire ai veterani ⁵⁶). Qualora il soldato abbia testato, il suo peculio castrense va all'erede istituito; se al contrario muoia intestato il peculio spetta per diritto nuovo al padre, solo se non lascia nè figli nè fratelli, e in ogni caso ha luogo così una vera successione ereditaria secondo il diritto comune ⁵⁷). Onde consegue anche, seguita GIUSTINIANO, che ciò che un soldato figlio di famiglia abbia ereditato nel servizio militare non può essergli tolto dal padre, nè espropriato dai creditori di questo, nè preteso in modo alcuno e che egli non può essere costretto dopo la

non est perm. fac. testam., e il DE-RETES, *Opusc.* lib. V, cap. 3 num. 18 in fine, hanno proposto di cancellare la parola *Marcus* come un glossema. Altri, come M. A. GALVANO, *de usufructu*, cap. 9 num. 6, leggono *magnus* invece di *Marcus*: ma in contrario fu già osservato dallo SCHULTING, loc. cit., che AUGUSTO non fu mai chiamato *magnus* dai giureconsulti romani, bensì tale designazione fu data ad ANTONINO CARACALLA. Il VONCK, *Observ. miscell.*, Traiecti ad Rhenum 1744 cap. XVIII, pag. 95 cambia, *Marcus in imperator*, il CANNegiETER, *ad Ulpian. fragm.*, pag. 86, lo cambia in *militibus*. Solo il VRYHOFF, *Observationes iuris civilis*, Amsterdam 1747 cap. 31 pag. 157 seguito dal PÜTTHANN, *Probabilia iuris civilis*, lib. I, cap. 12 e dal KAEMMERER, *Contributi*, pag. 98, non muta il testo, ma crede che ULPIANO attribuisca la concessione del *ius testandi de castrensi peculio* all'imperatore MARCO, benchè fosse preceduto dagl'imperatori AUGUSTO, NERVA e TRAIANO, perchè egli l'avrebbe nuovamente confermato con una speciale costituzione. Il che, secondo quell'autore, risponde ad un costume assai frequente dei giureconsulti romani, di attribuire cioè l'introduzione di certi principii giuridici non all'imperatore che l'abbia per primo introdotti, ma a chi li ha confermati. Vedi però in contrario ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia), I, § 187 nota 5.

⁵⁶) I soldati licenziati per causa disonorevole (*qui ignominiae causa missi sunt*) perdono il diritto di testare sul peculio castrense, essendo tal diritto concesso, come dice MARCO in L. 26 Dig. *de test. mil.*, 29, 1, *praemii loco*.

⁵⁷) Le LL. 3, 4 Cod. *de bonis quae lib.*, 6, 61 e la L. ult. Cod. *Comm. de success.* 6, 58 contengono il *ius commune* di cui parla qui GIUSTINIANO. Questo però è stato poi mutato da GIUSTINIANO stesso nella nov. 118 cap. 2, per la quale i due genitori succedono *ab intestato* nel patrimonio del figlio a parti uguali coi fratelli e sorelle germani di esso. Vedi VINNIO, *Comm. ad pr. I. qui test. fac. poss.*

morte del padre a dividerlo con i fratelli ⁵³⁾. Un tale peculio resta proprietà del figlio che l'abbia acquistato nel servizio militare, non ostante che per diritto civile i peculii delle persone soggette alla patria potestà appartengano al padre come i peculii degli schiavi al padrone, ad eccezione però, conclude GIUSTINIANO, di quella parte del patrimonio dei figli che secondo le costituzioni degli Imperatori, e in particolare delle proprie di lui GIUSTINIANO, il padre per vari motivi non acquista.

GIUSTINIANO pertanto distingue nella L. 37 pr. Cod. *de inoff. test.* 3, 28 in occasione del testamento del figlio di famiglia tre specie di peculii, il pagano, pel quale s'intende anche il peculio avventizio ⁵⁹⁾, il *castrense* e uno di mezzo tra questi due, « quod medietatem inter utrumque obtinet », che chiama quasi *castrense*. Per quel che riguarda quest'ultimo, prima di GIUSTINIANO, non era concesso il diritto di testare a tutti coloro che rivestissero un ufficio pubblico, ma solo a certi magistrati, quali i consoli, i legati e i presidi delle provincie, vale a dire ai figli di famiglia che rivestivano i più alti uffici pubblici. Ma GIUSTINIANO estese questo diritto a tutti i figli di famiglia che avessero acquistato un peculio quasi *castrense* nel servizio dello Stato ⁶⁰⁾.

Il così detto peculio avventizio è parificato al *castrense* per ciò che costituisce proprietà esclusiva del figlio, e quindi nè il padre può toglierlo, nè i creditori di lui possono accamparvi pretese, nè i fratelli possono dopo la morte del padre pretendere la divisione ⁶¹⁾.

⁵⁸⁾ TEOFILO nella Parafrasi delle Ist. pr. *qui test. fac. poss.* pone la differenza fra il peculio *castrense* e quello pagano in ciò, che quest'ultimo, derivando dal padre, sia comune di tutti i figli (τὸ μὲν πατρικόν, κοινὸν ἔσται τῶν ἀδελφῶν), l'altro appartenga a quello solo che se l'è acquistato (τὸ δὲ καστρίσιον μόνου τοῦ κτισταμένου).

⁵⁹⁾ ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto privato romano), I, pr. II, §§ 189, 90. — HUGO, nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino civile), vol. VI, pag. 75, 86. — UNTERHOLZNER, nella *Tübinge kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (Rivista critica di giurisprudenza, di Tubinga) volume V, pagina 204-210.

⁶⁰⁾ L. ult. Cod. *qui test. fac. poss.* L. 37 Cod. *de inoff. test.* § ult. I. *de mil. test.*, 2, 11. L. 3 § 5 Dig. *de bon. poss.*, 37, 1. L. 7 § ult. Dig. *de donat.*, 39, 5. L. 1 § 6 Dig. *Ad S. C. Trebell.*, 36, 1. Vedi ZIMMERN, *Storia*, § 188.

⁶¹⁾ L. ult. Cod. *de collat.*, 6, 20. L. 6 Cod. *de bonis quae lib.*, 6, 61.

Ciò solo voleva dire TEOFILO, che pure è stato frainteso da molti ⁶²⁾, colle parole:

Τὰ δὲ εἰρημίνεα περὶ τῶν καστρένσιων, νόμι καὶ ἐπ' ἐκείνων τῶν μὴ προσποριζομένων τῷ πατρὶ ἐκ τῶν διατάξεων κατὰ διαφορὰς αἰτίας. « Quae vero de castrensibus (sc. bonis) dicta sunt, intellige etiam de his quae patri non acquiruntur ex constitutionibus propter varias causas ».

Fino a concedere il diritto di testare non si è però arrivati. GIUSTINIANO anzi dichiara nullo e inefficace, come appare dal citato passo delle Istituzioni, qualunque testamento che il figlio di famiglia abbia fatto su beni diversi dal peculio castrense o quasi castrense. Ciò è ripetuto fedelmente anche da TEOFILO, quando dice:

διχὰ τοίνυν τοῦ ἔχοντος καστρένσιων ἢ κουάτι καστρένσιων πεκούλιον, ἐὰν τις ὑπεξούσιος, ὡς διατίθεται, ἄχρηστος ἡτούτου διαθήκη.

le quali parole sono poi la prova più chiara che colle parole precedenti egli non voleva indicare la testamentifazione.

A dir vero GIUSTINIANO aveva dato luogo all'equivoco con la L. ult. § 5 Cod. *de bonis quae liberis*, 6, 61, dalla quale pareva potersi argomentare che al figlio di famiglia fosse concesso di testare sul peculio avventizio nei casi in cui di questo non spettava l'usufrutto al padre.

« Filiis autem familias in his dumtaxat casibus in quibus usus fructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, nec citra voluntatem eorum quorum in potestate sunt ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentes alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare ».

Ma GIUSTINIANO stesso non mancò di dissipare l'equivoco con una costituzione dell'anno 531, la L. 11 Cod. *qui testamenta facere possunt*, 6, 22 ⁶³⁾.

⁶²⁾ *Paraphrasis graeca Inst.*, pr. 2, 12, tomo I, pagina 360 dell'edizione REITZ.

⁶³⁾ E. BARONE, *Comm. ad pr. I. quibus non est perm. fac. test.* — WITTE, *Disputatio de luctuosis hereditatibus*, pag. 9. Vedi però la nota del FABROT, *ad Theophili Par. loc. cit.*, in REITZ, pag. 361 nota r, e il MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, II, § 305 nota 1 pag. 161.

« Nemo ex lege quam super promulgavimus in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum aut *permissum esse filiisfamilias cuiuscumque gradus vel scruis testamenta facere*, sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit et in his personis quae huiusmodi facultatem habere iam concessae sunt ».

Da questa legge appare dunque evidente che il figlio di famiglia non può testare su quel peculio, che suole dai moderni indicarsi come avventizio, straordinario o irregolare, nè vi ha dubbio che questa costituzione si riferisca alla precedente L. ult. § 5 Cod. *de bonis*, 6, 61 e ne costituisca una interpretazione autentica. È pertanto anche inesatta l'opinione dello ZUICHERM⁶⁴⁾ il quale vuole intendere la L. ultima del peculio castrense, per il motivo che quando questa costituzione fu emanata c'era un solo caso, oltre quello del peculio militare, nel quale il padre non avesse l'usufrutto, cioè quando il figlio avesse accettato un'eredità contro la volontà del padre⁶⁵⁾. Nelle Pandette però vi erano già numerosi casi nei quali il padre non aveva alcun diritto sul così detto peculio avventizio, nè ciò doveva essere ignoto a quel grande giurista⁶⁶⁾.

Non ostante quella esplicita decisione dell'imperatore GIUSTINIANO non mancano però giureconsulti illustri⁶⁷⁾ i quali ritengano che GIUSTINIANO abbia con la novella 117, cap. I, concesso ai figli di fami-

⁶⁴⁾ *Comm. in decem titulos Institutionem. Ad tit. quibus non est perm. fac. test.*, num. 16 pag. 67. Basiliae 1534.

⁶⁵⁾ L. 8 § 1 Cod. *de bonis quae lib.*, 6, 61.

⁶⁶⁾ L. 50 e L. 16 § 11 Dig. *ad S. C. Trebell.*, 36, 1. L. 52 pr. Dig. *de acq. vel om. her.*, 29, 2. L. 3 § 7 Dig. *de min.*, 4, 4. — ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts* (Storia), vol. I, parte II, § 189 e il § 910 di questo Commentario.

⁶⁷⁾ M. LYCKLAMA a NYHOLT, *Membran.*, vol. II, lib. 7 eclog. 33 pag. 366 Jena 1624. — VAUDUS, *Variae quaest. iuris civilis*, lib. I, quaest. 1. HENNIUS, *Variarum resol. iuris civilis*, lib. II, tract. 5 qu. 10 pag. 464 Francoforte e Marburgo 1670. — CRIST. RAU, *Historia iuris civilis de peculii*, Lipsia 1770, § 10 pag. 42-44.

glia il diritto di testare sul peculio avventizio irregolare, che ancora era loro negato nelle costituzioni del codice. Questa novella, si osserva, concede alle persone che trovansi ancora sotto la patria potestà, purchè siano in età maggiore, di disporre in qualunque modo del patrimonio che sia stato a loro lasciato o donato con esclusione del padre dall'usufrutto o da qualunque altro diritto. Ora, ciò non può, secondo quegli scrittori, riferirsi ai soli atti fra vivi, in primo luogo perchè le espressioni generali del testo vi contraddicono, in secondo luogo perchè sulla possibilità di disporne fra vivi non era mai nato dubbio, derivando essa dalla natura di proprietà piena e illimitata, di maniera che era infatti riconosciuta espressamente da GIUSTINIANO nelle L. 7, 8 Cod. *de bonis quae liberis*, 6, 61. Ora, non è credibile che GIUSTINIANO abbia emanato una costituzione sopra un punto non dubbio, o che senza motivo abbia due volte dato una identica disposizione. Aggiungasi che GIUSTINIANO ha veramente avuto l'intenzione di stabilire qualche cosa di nuovo e di decidere nella novella 117 una questione che nelle precedenti costituzioni non era stata decisa.

Ciò risulta, al dire dei soliti scrittori, anche dalla prefazione della novella e dalla parola *sancimus* usata da GIUSTINIANO; e la questione risolta non può dunque riferirsi alle disposizioni fra vivi, bensì alle testamentarie. La novità stabilita da GIUSTINIANO nella novella 117 sarebbe dunque una modificazione delle costituzioni del Codice nelle quali non era ancora riconosciuto ai figli di famiglia la potestà illimitata di disporre dei loro beni avventizi e la concessione di un diritto pieno di disposizione. Ciò sarebbe contenuto nelle parole: καὶ ὃν βούλονται τρόπον διοικῆν, le quali danno alle persone soggette a patria potestà la facoltà più estesa di disporre dei beni avventizi, tanto fra vivi quanto a causa di morte, ed allargano così i limiti del loro diritto su questo patrimonio. Gli avversari di questa opinione osservano, che la parola greca διοικῆν non ha il significato ampio da comprendere anche la testamentifazione, ma indica soltanto le disposizioni fra vivi. Si risponde però, che se pure presso gli antichi scrittori greci la parola διοικῆν non si trovi forse usata in tal significato ampio, è noto tuttavia che ai tempi di GIUSTINIANO la lingua greca aveva perso molto della sua antica purezza e GIUSTI-

NIANO quindi non aveva trovato una espressione migliore e più breve per indicare la facoltà illimitata che egli concedeva ai figli di famiglia di disporre dei loro beni avventizi in tutti i modi, così fra vivi come a causa di morte. Che poi quella parola vada intesa in questo senso ampio, è cosa che dipende dallo stesso concetto di proprietà piena e illimitata, la quale contiene in sè il diritto di disposizione il più pieno, quindi non solo la potestà limitata di disporre del patrimonio fra vivi, ma anche quella di testare. Per giustificare il significato limitato di *διοικεῖν*, come indicante soltanto le disposizioni fra vivi, si oppongono le parole *εἰ μὲν τελεῖας εἰσὶν ηλικίας*, le quali indicano la maggiore età: ora, la testamentifazione si acquista all'età di soli quattordici anni; evidentemente dunque nel nostro testo non si parla della facoltà di testare. Questa obiezione però si è ritenuta infondata, perocchè, parlando qui l'imperatore in generale dell'amministrazione dei beni avventizi irregolari, egli ha anche dovuto determinare quali diritti spettano ai figli di famiglia su tali beni sia nel caso che essi abbiano raggiunta la maggiore età, sia quando siano ancora minori. Per giudicare della bontà di questa opinione è necessario avere sotto gli occhi le parole stesse della novellà 117, cap. I:

Θεσπίζομεν τοίνυν ἄδειαν εἶναι καὶ μητρὶ καὶ μάμμῃ καὶ τοῖς ἄλλοις γονεῦσι μετὰ τὸ καταλιπεῖν τοῖς παισὶ τὸ ἐκ τῶν νόμων ὀφειλόμενον μέρος, τὸ ὑπόλοιπον τῆς αὐτῶν περιουσίας, εἴτε εἰς ὁλόκληρον βουληθεῖεν, εἴτε ἐκ μέρους. τῷ υἱῷ ἢ τῇ θυγατρὶ. ἢ ἐγγόνῳ ἢ ἐγγώνῃ. ἢ τοῖς ἐφεξῆς κατιοῦσι δωρεῖσθαι, ἢ καὶ διὰ τελευταίας βουλῆσεως καταλιμπάνειν ἐπὶ τοιούτῳ ὅρῳ τὲ καὶ ἀρίσει, εἴγε βουληθεῖεν, ὥστε τὸν πατέρα ἢ τὸν ὅλως ἔχοντα τούτους ὑπεξουσίους ἐν τούτοις τοῖς πράγμασι μὴδὲ *usumfructum* μὴδὲ τῶν οἰκνοῦν παντελῶς μετουσίαν εἶναι. ταῦτα γὰρ δὴ καὶ ἐξωτικοῖς ἠδύναντο καταλιμπάνειν, ὅθεν οὐδεμία τοῖς γονεῦσιν ὠφέλεια προσεγίνετο. τοῦτο δὲ οὐ μόνον τοῖς γονεῦσιν, ἀλλὰ καὶ παντὶ προσώπῳ εἶναι παρακλεινόμεθα.

« Sanoimus igitur licentiam esse et matri et aviae aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem quae lege debetur, quod reliquum est suae substantiae, sive in solidum voluerint sive in partem, filio vel filiae, nepoti vel nepti et deinceps descendantibus donare aut etiam per ultimam relinquere voluntatem, sub hac definitione atque condicione, si voluerint, ut pater aut qui omnino eos habet in potestate, in his rebus neque *usumfructum* nec quodlibet penitus ha-

beant participium. Hoc enim et extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur. Hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personae licere praecipimus ».

Non si può negare che GIUSTINIANO qui abbia dato una disposizione nuova ed abbia deciso una questione che nelle precedenti costituzioni non aveva risoluto se cioè la madre o gli ascendenti materni possano lasciare in proprietà o donare ai propri figli o nipoti il patrimonio disponibile in tutto o in parte, sotto condizione che il padre, nella cui potestà quei beneficiati si trovano, non abbia l'usufrutto nè alcuna parte dei beni donati o lasciati ⁶⁸⁾. L'imperatore risolve la questione in modo affermativo; egli però non fa parola di testamento dei figli, ai quali sono stati donati o lasciati questi beni, neppure nel § 1 che segue:

τὰ δὲ πράγματα τὰ οὕτω καταλιμπανόμενα ἢ δωρούμενα τοὺς ὑπερσούσιους προσώποις εἰ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας, καὶν ὑπερσούσιοι ὦσιν, ἀδείαν ἐχέτωσαν καὶ ὁ βούλονται τρόπον διοικεῖν· εἰ δὲ τὴν ἡλικίαν ὦσιν ἀτελεῖς, δι' οὐπερ ἂν συνίθοι ὁ testator ἢ ὁ δωρούμενος αὐτὰ διοικεῖσθαι. μέχρις ὅταν ἐκείνοι οἷς ἐδωρήθη ἢ κατελείφθη εἰς τελείαν ἔλθωσιν ἡλικίαν, Ἄδειαν ἔχοντος τοῦ διατετιμένου ἢ δωρομένου καὶ τῇ μητρὶ καὶ τῇ μάμμῃ τούτων οἷς τὰ πράγματα παρεσχέθη τὴν τῶν αὐτῶν πραγμάτων, εἰ βούλοιο, διοίκησιν καταπιστεῦσαι. καὶ συνοικῶσιν ἀνδράσιν αἰ εἰρημέναι γυναῖκες, οὕτω μέντοι εἴπερ καὶ αὐταὶ τὴν τοιαύτην διοίκησιν καταδίξασθαι βουληθῶσιν. « Res autem ita relictas sive donatas positae sub potestate personis, si quidem perfectae sunt aetatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo volunt modo disponere. Si vero aetate minores sunt, per quem perspexerit testator aut donator haec gubernentur, donec illi quibus donata sunt aut relictas ad perfectam aetatem perveniant; licentiam habente testatore vel donatore et matri et aviae horum quibus res collatae sunt ipsarum rerum, si voluerit, gubernationem committere, licet maritis iunctae sint memoratae mulieres, ita tamen si et ipsae huiusmodi gubernationem suscipere velint ».

GIUSTINIANO si limita qui a stabilire il modo come si debba provvedere alla amministrazione dei beni avventizi dei quali il padre non abbia raccolto l'usufrutto, e dice che quando il figlio abbia raggiunto

⁶⁸⁾ Vedi il § 546 di questo *Commentario*.

la maggiore età egli può amministrarli come vuole. Le parole διοικεῖν e διοίκησις; qui usate non sono mai prese, tanto dagli antichi scrittori greci quanto dai greci moderni, in senso diverso da quello di amministrazione o gestione di negozi fra vivi, tanto se si parli di amministrazione pubblica quanto se di negozi che toccano il patrimonio di un privato cittadino, esse non sono mai usate ad indicare le disposizioni di ultima volontà ⁶⁹⁾. Che poi qui non possano essere usate in questo senso appare anche dalla circostanza che per riconoscere nei figli il diritto di amministrare da sè stessi è richiesta la maggiore età, mentre questa non occorre per la testamentifazione, e anche dalla affermazione, che tosto segue, che se i figli siano minori, questi beni avventizi debbano essere amministrati dalla persona a ciò designata dal testatore o dal donante. Qui dunque non si parlava nè si potea parlare di testamentifazione, nè poi è da credere che si facesse qui una modificazione al diritto antico. Ohi crederebbe infatti che GIUSTINIANO, il quale pochi anni prima aveva confermato l'antico diritto con tanta insistenza nella L. 11 Cod. *qui test. facere possunt* 6, 22 e aveva cercato di garentirlo contro i malintesi, ora, senza neppure rammentarlo e senza indicarne motivo alcuno, l'avesse abolito, concedendo ai figli di famiglia una facoltà, che nelle sue co-

⁶⁹⁾ Per esempio, διοικεῖν τὴν πόλιν, *republicam administrare*, SENOFONTE, *de vectigalibus*, cap. 4 num. 40 — τὸν αὐτὸν οἶκον διοικεῖν, *rem suam familiarem administrare*; SENOFONTE, *Oeconomia*, cap. 11 num. 10 — διοικεῖν τὰ προσήκοντα, *administrare ea quae nobis incumbunt*; SENOF., *ibid.*, 7, 4 — διοικεῖν τὰ ὄντα, *administrare res suas*; SENOF., *ibid.*, 3, 10 — διοικεῖν, *regnare, gubernare*; ISOCRATES πρὸς Νικοκλῆα, pag. 19 dell'edizione delle Opere curata da LANG, Halle 1803 — διοικεῖν, *curare et administrare*; ISOCRATES Πανηγύρικος, *Opera*, ediz. cit., pag. 62 — τὸν οὐρανὸν διοικεῖν, *coelum gubernare*; PLATO, leg. X, n. 596, 905, *Opera*, ediz. Lipsia 1824, tomo VII, pag. 262, 286 — τὰ ἴδια διοικεῖν, *res suas administrare*, ARMENOPULO, *Prochiron nomon*, lib. I, tit. 12 § 33 in MEERMANN, *Thesaurus Suppl.*, pag. 76. — διοίκησις, *administratio*; SENOFONTE, *Insl. graec.*, lib. VI, cap. 1 num. 2. — διοίκησις χρημάτων, *administratio reddituum publicorum*; SENOFONTE, *memorabilia Socratis*, lib. IV, cap. 6 num. 14 — ἡ περὶ διοικήσεως ἀγωγὴ, *negotiorum gestorum actio*; ARMENOPULO, II, tit. 3 § 5. Il PASSOW, *Griechisches Handwörterbuch* (Dizionario manuale greco), voc. διοικῶ indica i significati di amministrare, curare, ordinare o gerire proprii affari senza confortarli però neppur con un testo. Vedasi piuttosto AST, *Annotationes in Phaedrum*, in *Platonis oper.*, tom. X, 393 c. voc. διοικεῖν, e G. O. REITZ, *Glossarium Theophilinum*, voc. διοικέτης.

stituzioni precedenti aveva loro tanto insistentemente negato, mentre ordinava anzi di osservare rigorosamente l'antico diritto? Bisognerebbe non conoscere il sistema di GIUSTINIANO, il quale, come fu già osservato dal VINNIO ⁷⁰⁾, dal WIELING ⁷¹⁾ e da altri ⁷²⁾, non ha mai modificato l'antico diritto, senza dirlo espressamente, raccomandando anzi il diritto che egli introduceva di nuovo. È dunque erroneo il dire che GIUSTINIANO abbia qui usato appunto un'espressione che si adattava ad indicare tanto le disposizioni fra vivi quanto quelle a causa di morte; perchè la parola *diocesis* era appunto la meno adatta. Egli avrebbe potuto servirsi di ben altre espressioni, per esempio, *διετυποῦν*, *διατάττειν*, *διατείνεσθαι*, *disponere*, *ordinare*; queste sono le espressioni che si adattano tanto alle disposizioni fra vivi quanto a quelle di ultima volontà ⁷³⁾.

Si aggiunga che i Basilici ⁷⁴⁾, nei quali è notorio non essere riprodotta alcuna legge antiquata, contengono appunto la L. 11 Cod. *qui test. facere poss.*, 6, 22, accanto alla novella 117, ed anche il giureconsulto greco COSTANTINO ARMENOPULO ⁷⁵⁾, il quale, come dice nella sua prefazione, espone soltanto il diritto vigente, insegna che un figlio di famiglia può testare sopra i peculi castrense o quasi castrense, ma non sul pagano. E per quanti diritti possano competere al figlio di famiglia sul peculio avventizio irregolare, non è mai espresso il principio che egli sia da considerare a riguardo di quello, come dei peculi castrense e quasi castrense, un padre di famiglia.

Le cause dell'acquisto di tali beni avventizi sono ben diverse da quelle dell'acquisto dei peculi castrense e quasi castrense; perocchè le prime sono cause di natura privata, mentre la ragione per cui la legge attribuiva quei maggiori diritti su questi ultimi peculii consisteva in una ricompensa al figlio di famiglia per i servizi prestati

⁷⁰⁾ *Selectae iuris quaestiones*, lib. II, cap. 20 circa med., pag. 201.

⁷¹⁾ *Lectiones iuris civilis*, lib. II, cap. 31 pag. 254.

⁷²⁾ PÜTTMANN, *Dissertatio de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis haud concedenda*, Lipsia 1761 cap. 2 § 2 e i miei *Opuscula iuridica*, fasc. II, pag. 111 seg.

⁷³⁾ Vedi TEOFILO, lib. I, tit. 6 § 7 e lib. II, tit. 12 princ.

⁷⁴⁾ XXXV, 3, 11 e schol. a, tom. IV, pag. 779 dell'ediz. FABROT; XLI, 5, 3, tom. V, pag. 492 ediz. FABROT.

⁷⁵⁾ *Prochiron nomon*, 5, 2, 6.

allo Stato. A ragione pertanto ULPIANO poteva ancora dire ai suoi tempi: *filius familias nihil suum habet ut testari de eo possit*, benchè vi fossero casi nei quali il figlio di famiglia potea possedere un patrimonio, sul quale il padre non avesse diritti ⁷⁶⁾, perchè per avere un *suum*, sul quale fosse anche lecito testare, non bastava avere un proprio patrimonio libero, bisognava anche avere un proprio stato di famiglia indipendente, e questo non acquistavano i figli per regola se non colla morte del padre.

« Cum pater familias moritur, dice ULPIANO ⁷⁷⁾, quotquot capita ei subiecta fuerunt singulas familias incipiunt habere, singuli enim patrum familiarum nomen subeunt ». Fino che il padre viveva i figli erano membri della famiglia, non avevano diritto di famiglia proprio e, poichè tutto ciò che si trovava nella casa paterna era proprietà del padre, *pater enim familias appellatur*, dice ULPIANO, *qui in domo dominum habet*, il patrimonio del figlio, non escluso lo stesso peculio castrense, non era che una parte, benchè separata, del patrimonio del capo di casa ⁷⁸⁾. Onde è che lo stesso patrimonio castrense, a parte che il figlio ne poteva disporre liberamente, era considerato come un peculio ordinario, di guisa che non solo se il figlio morisse senza aver testato esso restava al padre *pristino peculii et potestatis iure* (perocchè la facoltà di testare spettava al figlio per un favore dovuto alla sua qualità di soldato, non quindi perchè egli avesse un patrimonio libero, ma *praemii loco*, come dice MAURO ⁷⁹⁾ perchè soldato), ma se il figlio commetteva un delitto che avesse per conseguenza la confisca dei beni, il peculio castrense non poteva, secondo un rescritto dell'imperatore ALESSANDRO ⁸⁰⁾, esser tolto al padre, affinchè un principio di diritto stabilito a favore non si applicasse a danno ⁸¹⁾. Nel patrimonio *de quo testari licebat* entravano però secondo il diritto di

⁷⁶⁾ Vedi nota 66.

⁷⁷⁾ L. 195 § 2 Dig. de V. S., 50, 16.

⁷⁸⁾ Vedi specialmente GALYANO, *de usufructu*, cap. 8 num. 3 e 18.

⁷⁹⁾ L. 26 Dig. de test. mil., 29, 1.

⁸⁰⁾ L. 3 Cod. de bonis proscript., 9, 49. Vedi ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto privato romano), vol. I, § 187 pag. 688.

⁸¹⁾ UNTERHOLZNER, nella *Tübinge kritische Zeitschrift*, ecc. (Rivista critica di giurisprudenza di Tubinga), vol. V, pag. 206.

famiglia romano anche i *sacra*. Questi erano il vincolo interno della famiglia, come la patria potestà era il vincolo esterno: essi dovevano perciò essere conservati nella famiglia, perchè la trascuranza o la perdita loro portavano la perdita della famiglia stessa. « De sacris autem, dice CIOERONE ⁸²⁾, haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra ». *Sacra* e *familia* erano dunque indissolubilmente congiunti, e i *sacra privata* stavano sotto la cura e l'amministrazione del capo di famiglia: il *pater familias* era *curator et administrator sacrorum* e quasi *suae familiae sacerdos*, egli stesso sacrificava ai Lari e ai Penati nell'atrio della sua casa adornato in giro dalle immagini degli antenati ⁸³⁾.

Ciò era stato introdotto, come CIOERONE ⁸⁴⁾ ne insegna, *pontificum auctoritate ne morte patris familias sacrorum memoria occideret*. Perciò i *sacra* erano legati al patrimonio del *pater familias*, e dopo la morte di questo passavano insieme col patrimonio al successore di lui. È ciò che osserva CIOERONE colle seguenti parole: *his essent ea adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit*, e in altro punto ⁸⁵⁾, *sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege, coniuncta sunt*.

Siffatto patrimonio, al quale erano congiunti i *sacra*, si chiamava propriamente *pecunia* ⁸⁶⁾, ed era amministrato dal *pater familias*, così come i *sacra* stessi. È così che le leggi delle dodici tavole dicono: « uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto » ⁸⁷⁾. Poichè fra gli atti privati di un padre di famiglia il far testamento era certamente, come dice CIOERONE nel cap. 42 della seconda filippica, il più importante, soltanto il *pater familias* poteva avere *sacra* e *pecunia* sui quali testare. I figli e la madre di famiglia prendevano

⁸²⁾ *De legibus*, II, c. 19. — SAVIGNY, *Ueber die juristische Behandlung der sacra privata bei den Roemern* (Sul trattamento giuridico dei « sacra privati » presso i Romani) nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista della giurisprudenza storica), vol. II, num. 15 pag. 362-404.

⁸³⁾ HEIBERG, *De familiari patriciorum nexu*, Slesvici 1829, cap. 2.

⁸⁴⁾ Loc. cit.

⁸⁵⁾ CIGERO, *de legibus*, II, 21; vedi pure POMPEIO FESTO, *de verborum significatione*, v. *sine sacris hereditas*.

⁸⁶⁾ FESTO, v. *pecunia*. — HEIBERG, cap. 5 § 11 pag. 45.

⁸⁷⁾ Vedi la nota 17.

bensì parte al culto e ai diritti familiari ⁸⁸⁾, ma essi stessi non potevano durante la patria potestà possedere nè *sacra*, nè diritti di famiglia propri, essi erano in *sacris patris familias* ⁸⁹⁾. In *sacris esse* significava dunque lo stesso che essere nella patria potestà, per ragione della comunione del culto familiare ⁹⁰⁾. Così si spiega l'espressione di ULPIANO ⁹¹⁾: « *Filiusfamilias testamentum facere non potest quoniam nihil suum habet ut testari de eo possit* » ⁹²⁾. Quell'antico diritto di famiglia, col quale il diritto di testare era strettamente collegato, era nel seguito del tempo venuto a cessare insieme coi *sacra* tanto *privata* quanto *gentilicia*; tuttavia era ancora rimasto in vigore il principio insegnato pure da GIUSTINIANO nelle Istituzioni che il figlio di famiglia, ad eccezione di quello che avesse un peculio castrense, o quasi castrense, non fosse capace di fare testamento. Abbiamo qui dunque un esempio della verità di una osservazione ripetuta altre volte, che, cioè, non di rado nelle nostre leggi si trovino mantenute le conseguenze di principii dell'antico diritto già da lungo tempo aboliti ⁹³⁾.

Seguono quest'opinione i seguenti scrittori:

GALVANO ⁹⁴⁾, BACHOVIO ⁹⁵⁾, DONELLO ⁹⁶⁾, VINNIO ⁹⁷⁾, HUBERO ⁹⁸⁾, SCHUMACHER ⁹⁹⁾ e KLEINSCHROD ¹⁰⁰⁾.

⁸⁸⁾ HEIBERG, cap. II, § 4 pag. 20.

⁸⁹⁾ CICERO, *pro domo*, cap. 13 in fine. — HEIBERG, cap. 5 § 17 pag. 73.

⁹⁰⁾ Queste espressioni si ritrovano anche più tardi nelle costituzioni del Codice. L. 7 Cod. *de curat. furiosi*, 5, 70. L. 12 Cod. *de coll.*, 6, 20. L. 2 Cod. *de bonis quae lib.*, 6, 61. L. ult. § 1 Cod. *Ad S. O. Tertull.*, 6, 56. Vedi SAVIGNY, nella citata *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista della giurisprudenza storica), vol. II, pag. 400.

⁹¹⁾ XX, 10

⁹²⁾ Vedasi in specie DE-RETES, *Miscell.*, lib. I, cap. 22 num. 10-12 nel *Theaurus* del MEERMANN, tomo VI, pag. 74.

⁹³⁾ Vedi PÜTTMANN, *Prob. iuris civilis*, lib. II, cap. 2 pag. 21.

⁹⁴⁾ *De usufructu*, cap. 9.

⁹⁵⁾ *Notae et animadversiones in Treutlerum*, vol. II, disp. X, th. 2 lit. e pagine 518-523.

⁹⁶⁾ *Comm. de iure civili*, lib. VI, c. 5 § 8.

⁹⁷⁾ *Comm. ad pr. I. quibus non est perm. facere test.*

⁹⁸⁾ *Praelectiones ad Institutiones*, II, 12, 2.

⁹⁹⁾ *Diss. cit. de exoluzione filiorum familias a testamentifactione*, cap. II, §§ 1-7 pag. 30-47.

¹⁰⁰⁾ *Dissertatio de iure filiifamilias disponendi de pecuniis ad normam iuris*

Le leggi però fanno un'eccezione per i figli di famiglia ecclesiastici, ai quali è concesso di disporre dei propri beni, tanto se acquistati nel loro ufficio ecclesiastico, quanto se acquistati per qualsiasi altro titolo, non solo per atti fra vivi, ma anche per testamento ¹⁾.

È molto dubbio se questo privilegio fosse stato loro concesso già dagli imperatori LEONE ed ANTEMIO. La costituzione di questi, che è la L. 34 Cod. *de episcopis et clericis*, 1, 3, dice:

« Sacro sanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea, quacumque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint ²⁾, etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sint, et adhuc superstites habeantur, tanquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, eis testandi, vel donandi, vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa ».

peregrini et patrii considerato, praeside I. M. SCHMIDT, Wirceburgi 1784, 4 def. cap. 1 § 13. Sono dell'opinione da me difesa anche Giovanni VOET, ad Pandectas, h. t. § 46. — Scipione GENTILE, de bonis maternis, Hanoviae 1605 cap. 27 pag. 181 segg. — Everardo OTTONE, Comm. ad pr. I. quibus non est perm. fac. test., num. 6 pag. 257. — Everardo BRONCHORST, Ευκτιοφανών, cent. 3 ass. 21 pag. 289 seg. Lugduni Batavorum 1621. — Samuele COCCIO, Ius civile controuv., Pars II, lib. 28 tit. 1 qu. 5 pag. 247 seg. — G. G. BAUER, Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum, Lipsiae 1726 § 32. — Michele G. WERNHER, Lectissimae commentationes in Pandectas, Pars II, h. t. § 10. — Carlo Federico WALCH, Introductio in controversias iuris civilis, sez. II, cap. 4 Membr. 1 § 5 pag. 183 segg. — THIRAUT, System des Pandectenrechts (Pandette), vol. I, § 304. — WENING-INGENHEIM, Lehrbuch des gem. Civilrechts (Trattato di diritto civile comune), vol. II, lib. IV, § 394. — FRITZ nell'Archiv für die civilistische Praxis (Archivio della pratica civilistica), vol. VI, pag. 209 nota 19.

¹⁾ Vedi KLEINSCHROD, *Diss. cit.*, cap. II, § 16-18. — SCHUMACHER, *Diss. cit.*, cap. II, § 8 pag. 47.

²⁾ Il BOEHMER, *Diss. de successione in bona clericorum singulari*, § 26, nelle *Exercitationes ad Pandectas*, tomo V, pag. 32, spiega queste parole come acquisto in officio sacro. Ma la parola *viventes* dimostra che esse non si riferiscono a ciò, bensì allo stato ecclesiastico e significano « coloro che rivestono un dato grado e occupano una data posizione ecclesiastica ». Vedi KLEINSCHROD, *Diss. cit.*, cap. II, § 16 pag. 30.

Ma la novella 123, cap. 19, non lascia alcun dubbio:

τοὺς δὲ πρεσβυτέρους καὶ διακόνους καὶ ὑποδιακόνους καὶ ἀναγνώστας καὶ ψάλτας, (οὓς πάντας κληρικούς καλοῦμεν) τὰ πράγματα τὰ ἀφ' οἰουδήποτε τρόπου εἰς τὴν αὐτῶν δεσποτείαν περιεχόμενα ἔχειν ὑπὸ τὴν ἰδίαν ἐξουσίαν προστάττομεν καὶ ὁμοιότητα τῶν *castrensis peculion*, καὶ διαρρῆσθαι κατὰ τοὺς νόμους καὶ ἐπ' αὐτοῖς διατίθασθαι, εἰ καὶ ὑπὸ τῶν γονέων εἰσὶν ἐξουσίαν *rel.*

(« *Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos et lectores et cautores, quos omnes clericos appellamus, res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere sub sua potestate praecipimus ad similitudinem castrensis peculiorum, et donare secundum leges et in his testari, licet sub parentum sint potestate, rel.* »).

Molti ³⁾ vogliono fare una seconda eccezione e dicono che per diritto canonico un figlio di famiglia può col consenso del padre disporre a causa di morte dei propri beni avventizi a favore di una fondazione pia. Il HOFACKER ⁴⁾ ha già osservato però che questa affermazione è bensì un'opinione comune, ma non ha alcun fondamento nelle leggi. Alcuni invece ritengono questa opinione conforme allo stesso diritto romano e si richiamano alla L. 1 Cod. *de sacrosantis ecclesiis* 1, 2 dove COSTANTINO il Grande dispone:

« *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit relinquere, et non sint cassa iudicia eius.* »

Odinariamente però questa eccezione si vuol fondare sul cap. 4 *de sepulturis* in VI, 3, 12 dove il papa BONIFACIO VIII dice:

« *Quamvis autem filiusfamilias absque patris assensu sibi posit li-*

³⁾ SCHILTER, *Praxis iuris Romani*, exercit. 38 § 15. — DUARENO, *Comm. in tit. Pand. qui test. facere possunt § diximus filium*. Opera, pag. 317. — G. ENR. BOEHMER, *Ius eccl. protest.*, tomo II, lib. III, tit. 26 § 25. — G. LUD. BOEHMER, *Principia iuris canonici*, § 615. — SCHMALZ, *Handbuch des canon. Rechts* (Manuale di diritto canonico), § 352 2.^a edizione Berlino 1824. — FREY, *Kritisches Commentar über das Kirchenrecht*, ecc. (Commentario critico del diritto ecclesiastico, continuato da SCHEILL) IV, parte I, § 32 pag. 150. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, lib. V, § 483 3.^a ediz.

⁴⁾ *Principia iuris civili Romani-Germanici*, II, § 1379.

bere eligere sepulturam (nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat), aliquid iudicare non potest ».

Ma già altri scrittori hanno dimostrato come questi testi non siano un buon fondamento per quella opinione ⁵⁾. Quanto alla L. 1 infatti io stesso ho già dimostrato altrove ⁶⁾, che la parola *unusquisque* deve riferirsi a chiunque abbia la capacità di testare, perocchè l'imperatore COSTANTINO tendeva in quella legge ad estendere piuttosto la testamentifazione passiva a favore delle chiese che non la attiva. Qui dunque non si parla del figlio di famiglia. Ed è d'altronde regola di interpretazione che le leggi si interpretino in modo da non porle in contradizione con altre leggi vigenti. Per quello che riguarda il testo del diritto canonico, innanzi tutto non è da ritenere che il Papa abbia voluto stabilire un principio contrario al diritto civile. Nel dubbio dunque la costituzione del Papa deve intendersi in modo che non contradica al diritto civile. Ma è noto che, secondo il diritto civile, un figlio di famiglia non può testare sul suo peculio pagano, può bensì fare col consenso del padre delle donazioni a causa di morte ⁷⁾.

Ora, che cosa ci vieta di intendere in questo senso il testo del diritto canonico? La parola *iudicare* infatti aveva nel medio evo un significato molto incerto: e d'altronde non è neppur sicuro che questa sia la lezione esatta, perocchè secondo una nota del BOEHMER nella edizione del *Corpus iuris canonici* invece di *iudicare*, alcuni codici leggono *erogare*, altri *vindicare*. Ma pure accettando sulla autorità della glossa la lezione *iudicare*, che trovasi in tutte le edizioni stampate del *Sextus liber decretalium*, *iudicare* secondo il DU FRESNE ⁸⁾,

⁵⁾ Vedi RIEGGER, *Inst. iurisprudentia ecclesiasticae*, Pars III, § 407 nota, pag. 298. — KLEINSCHROD, *Diss. cit. de iure filiofamilias disponendi de pecuniis*, cap. 2 § 20. — RINGEL *Diss. cit. de iure testandi, quod competit filiofamilias, praeside KLÜGEL def.*, pag. 22-31. — FRITZ, *Abhandlung, aus welchen Peculien*, ecc. (Di quali peculii e a quali condizioni possa il figlio di famiglia disporre per donazione a causa di morte) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civilistica), vol. VI, pag. 211.

⁶⁾ Vedi il § 1404 d nota 90 di questo *Commentario*.

⁷⁾ L. 25 § 1 Dig. de m. c. don., 39, 6. L. 75 § 4, 5 Dig. de donat., 39, 5.

⁸⁾ *Glossarium ad scriptores medias et infimae latinitatis*, tomo II, v. in *dicare*.

significa nelle leggi del medio evo *disponere, legare, supremo iudicio de bonis suis decernere*. In questo ultimo senso intende quella parola anche il glossatore del *Sextus*, GIOVANNI DI ANDREA, *iudicium enim hic sumitur*, egli dice, *pro ultima voluntate, et aliter multis modis*, riferendosi con queste ultime parole, cosa notevole, alla *l. tam is* (25) Dig. *de mortis causa don.* 39, 6. Come contemporaneo del papa BONIFACIO VIII egli, che conosceva bene il linguaggio del suo tempo, era bene in grado di darci la spiegazione più esatta.

Ma si domanda ora, perchè il figlio di famiglia non poteva testare sul proprio peculio pagano, neppure col consenso del padre e invece poteva con tale consenso disporre per donazioni a causa di morte? MARCIANO nella *L. 25 § 1 Dig. de mortis causa donat.* 39, 6 lo dice espressamente:

« *Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, patre permittente, potest* ».

Antonio MEERENDA ⁹⁾, Foppio ab AEZEMA ¹⁰⁾ e M. A. GALVANO ¹¹⁾, hanno fatto questo punto, oggetto di speciali trattazioni. Di solito si giustifica la differenza coll'osservazione che la testamentifazione è di diritto pubblico mentre le donazioni a causa di morte sono di diritto privato, queste ultime per conseguenza si possono fare quando si abbia un patrimonio, e questo può esser dato dal figlio al padre, il testamento invece richiede lo *status patrisfamilias*, la cui mancanza non può essere supplita dal solo consenso del padre ¹²⁾. Vi è però una ragione molto più semplice ed è che tutti gli atti che il figlio compie sul peculio pagano durante la patria potestà, col consenso generale o speciale del padre, si riguardano come atti del padre, il quale li fa concludere dal figlio nel proprio interesse e sono perciò validi solo in quanto non siano atti che per la natura loro debbano

⁹⁾ *Controversias iuris*, lib. XIV, cap. 29.

¹⁰⁾ *Dissertationes iuris civilis*, lib. II, cap. 14 nel *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 830.

¹¹⁾ *De usufructu*, cap. 10.

¹²⁾ Cfr. Viglio ZUCHEM, *Comm. in tit. Inst. quibus non est perm. facere testamentum*, ad pr. num. 7-11 pag. 64 segg. — Paolo BUSIO, *Subtilitates iuris*, lib. 5 cap. 5. — DE-REYES, *Miscellanea*, lib. I, cap. 22 § 8 in MEERMANN, *Thes.* VI, pag. 73.

essere compiuti dal padre in persona propria. Ora, il padre poteva donare il peculio di sua proprietà come qualunque altra cosa sua, egli poteva anche far dipendere la irrevocabilità di tale donazione dalla morte del proprio figlio, come da qualunque altra circostanza di fatto; quello che il padre avrebbe potuto fare da solo, poteva dunque permettere al figlio di fare per lui. La donazione a causa di morte del peculio pagano fatta dal figlio col consenso del padre doveva dunque considerarsi come una donazione fatta dal padre stesso pel caso di morte del figlio. ULPIANO nella L. 11 Dig. *de mortis causa donat.* 39, 6 insegna che ciò era possibile :

« Mortis causa filii sui pater recte donare potest » ¹³⁾.

E POMPONIO nella L. 9 § 2 Dig. *de donat.* 39, 5 conferma che questa era l'interpretazione data dalle leggi al caso:

« Quod filiusfamilias patris iussu aut voluntate donavit perinde est ac si pater ipse donaverit ».

Questa ragione si adatta però soltanto al più antico peculio, il peculio profettizio ¹⁴⁾; solo a questo si riferivano evidentemente MARCIANO nella L. 25 cit., e ULPIANO quando affermava nella L. 7 § 4 Dig. *de donat.* 39, 5:

« Pari autem ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur: quamvis enim ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit, attamen ubi cessat voluntas inhibebitur haec quoque donatio ».

Il permesso del padre deve essere poi esplicitamente accordato per una donazione a causa di morte, come dice ULPIANO stesso nel seguente § 5:

« Sed enim meminisse oportebit, si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum, non posse mortis causa donare ».

¹³⁾ Vedi su questa legge VOORDA, *Theses controversae*, Lugduni Batavorum 1796, decad. VIII, th. 2 pag. 96 seg. e L. 18 pr. Dig. *de m. c. don.* 39, 6.

¹⁴⁾ ZIMMERN, *Storia del diritto privato romano*, vol. I, parte II, § 186 pagina 684.

Questa opinione è stata difesa in particolare dal VOERDA ¹⁵⁾ e dal HAUBOLD ¹⁶⁾.

Ben diversa è però la cosa quando si tratta di un testamento o di un legato sul peculio profettizio, perchè la confezione di un testamento o la disposizione di un legato fatta dallo stesso testatore sul proprio patrimonio, ma pel caso di morte di un terzo, contraddice già al concetto stesso della disposizione di ultima volontà. Come dunque il padre non potrebbe fare egli stesso una disposizione testamentaria nel peculio profettizio pel caso di morte del figlio, così non può neppure darne il permesso al figlio. Or, se il figlio non può testare nel peculio profettizio neppure col permesso del padre, tanto meno lo può sul peculio avventizio, sul quale il padre non ha la proprietà e neppure sempre, come ha dimostrato in modo fondamentale il FRITZ ¹⁷⁾, l'usufrutto.

Il diritto odierno non ha arrecato alcun mutamento in proposito. I principi del diritto romano su questo punto debbono anzi valere per l'esplicita dichiarazione dell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I o Decreto dell'Impero, di Colonia, dell'anno 1512, che ordina al titolo dei testamenti che i tribunali della Germania applichino quei principii nella dottrina testamentaria ¹⁸⁾. Alcuni diritti particolari ¹⁹⁾ però concedono

¹⁵⁾ *Interpretationes et emendationes iuris Romani*, lib. III, cap. 19 pag. 324. Trajecti ad Rhenum 1768.

¹⁶⁾ *Dissertatio de mortis causa donationum coniecturis ex mortis mentione capiendis*, cap. I, negli *Opuscula academica*, editi da WENCK, Lipsia 1825 vol. I. pag. 446 segg.

¹⁷⁾ Nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. VI, pag. 208-10. Vedi sopra nota 5. Cfr. pure ZIMMERN, *Geschichte*, ecc. (Storia del dir. priv. romano), I, § 189 e nota 26 pag. 696. Non deve però trascurarsi MÜLLER, *Versuch über die Natur der Schenkung auf den Todesfall* (Saggio sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1827, § 30.

¹⁸⁾ STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t. § 5. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pandectarum*, h. t. § 33. — SCHUMACHER, *Diss. cit.*, cap. 2 § 10. — KLEINSCHROD, *Diss. cit.*, cap. 3 § 30. — RINGEL, *Diss. cit.*, pag. 24 e segg.

¹⁹⁾ Vedi l'*Allgemeines Preussisches Landrecht* (Diritto generale territoriale prussiano), parte I, tit. 12 § 18; *Württembergisches Landrecht* (Diritto territoriale württembergese), parte III, tit. 2 § 10, *Fränkische Landesgerichtsordnung* (Ordinanza giudiziale territoriale franca), parte III, tit. 39 §§ 9, 10; *Frankfurter Reformation* (Riforma di Francoforte), del 1578 parte IV, tit. 2 § 4 e *Nürnbergischer Reformation* (Riforma di Norimberga) del 1564 tit. 29 § 181.

ai figli sotto la patria potestà, purchè abbiano raggiunto la maggiore età, di testare sul proprio peculio anche avventizio, senza necessità dell'autorizzazione paterna, neppure per la parte di patrimonio non libero, purchè però non sia danneggiato il diritto di usufrutto del padre.

Quanto poi alle disposizioni di legge le quali dichiarano alcune persone incapaci di testare (*lege intestabiles*), come per esempio, i condannati per esercizio dell'usura proibita ²⁰⁾, o per libello famoso, cioè per la pubblicazione di uno scritto diffamatorio, nel quale si attribuisca ad altri ingiustamente un'azione punita dalla legge penale ²¹⁾, o gli eretici e gli apostati ²²⁾, esse sono oggi inapplicabili ²³⁾. I colpevoli di incesto erano secondo il diritto del Codice *intestabiles* nel senso che essi non poteano testare se non a favore dei loro discendenti, ascendenti o collaterali, i quali non fossero stati complici nè ausiliatori dell'incesto ²⁴⁾; ma la Nov. 12 cap. 2 stabilì che in tal caso il patrimonio del padre, durante la sua vita stessa, cadesse ai figli, i quali divenivano così *sui iuris*, coll'obbligo però di fornire al

²⁰⁾ Cap. 2 *de usuris* in VI, § 5.

²¹⁾ L. 18 § 1 Dig. h. t. L. 5 § 6, 16 Dig. *de iniuriis*, 47, 10 L. un. Cod. *de fam. libellis*, 9, 35.

²²⁾ L. 4 Cod. *de haereticis*, 1, 5. L. 5 Cod. *de apostat.*, 1, 7 Cap. 13 § 5 C. *de haeret.*, 5, 7.

²³⁾ CLAPROTH, *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 6 pag. 53, 56 nota x. — TITTMANN, *Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts* (Manuale di diritto penale comune tedesco), parte III, § 41c. — GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (Principii di scienza criminale), § 228. — QUISTORP, *Grundsätze*, ecc. (Principii di diritto penale tedesco), § 449. — BOEHMER, *Observationes ad Oarpzovium*, quaest. 92 obs. 4. — STRYKIO, *de caut. testamentorum*, cap. III, § 61. — SCHÖMAN, *Handbuch des Civilrechts* (Manuale di diritto civile), vol. II, pag. 42. — SALCHOW, *Lehre von Strafen und Verbrechen* (Teoria delle pene e dei delitti), vol. II, § 393 nota *. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 22. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), vol. III, § 959. Di opinione diversa però a riguardo degli autori di Pasquinate sono STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t. § 13, e MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts* (Trattato di diritto criminale comune tedesco), § 177.

²⁴⁾ L. 6 Cod. *de incestis et inutil. nuptiis*, 5, 5. — ZIMMERN, *Grundriss des Erbrechts* (Programma del diritto ereditario), appendice pag. 55.

padre gli alimenti ²⁵⁾. È però dubbio se queste disposizioni del diritto romano valgano nella pratica odierna ²⁶⁾.

§ 1408.

Forma dei testamenti. Forma esterna e forma interna e distinzione che ne deriva fra le varie specie di testamenti. Testamenti regolari e irregolari, pubblici e privati.

Per escludere la successione intestata non basta che il testatore abbia la capacità di fare un testamento, occorre che questo abbia anche i requisiti di un testamento valido. Tali requisiti si indicano coll'espressione forma del testamento ²⁷⁾. La forma poi o riguarda le formalità necessarie per la legittima confezione di un testamento e si chiama *forma esterna*, o riguarda il contenuto del testamento, vale a dire le regole che il testatore deve osservare per l'interna formazione di esso, e si chiama *forma interna*. Quest'ultima consiste: 1.° nella necessità che le persone onorate non siano fra quelle dalla legge dichiarate incapaci di ricevere per atto di ultima volontà. È necessario però per l'essenza stessa del testamento che vi sia una istituzione di erede; 2.° non devono essere preteriti o diseredati senza legittimo motivo gli eredi necessari; 3.° il contenuto del testamento in generale deve essere coerente alle prescrizioni di legge.

La forma esterna ha per fine di garentire la fede e la sicurezza del testamento mediante l'osservanza dei modi prescritti dalla legge. Sotto il riguardo della forma esterna un testamento può essere fatto

²⁵⁾ Colla nov. 12 cap. 2 la L 6 Cod. de incestis et inut. nupt., 5, 5, fu dunque modificata. Vedi RITTERSHUS, *Ius Iustin.*, parte IV, cap. 2 num. 23 pag. 198. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III, § 461 e nota 14.

²⁶⁾ BOEHMER, *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam*, ad art. 117 § 10. — QUISTORP, *Grundsätze des peinlichen Rechts* (Principii di diritto penale), vol. II, § 506 pag. 335, ediz. Kleinisch, Lipsia Rostock e Schwerin 1812. — MARTIN, *Lehrbuch*, ecc. (Trattato di diritto criminale), § 282 pag. 734 e nota 9.

²⁷⁾ DONELLO, *Comm. de iure civili*, lib. VI, c. 6. — MADIHN, *Principia iuris romani de successioneibus*, § 62. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 169.

in modo da godere la pubblica fede, testamento pubblico o testamento in forma pubblica, oppure il modo come il testamento è fatto non gli attribuisce la pubblica fede e questo è il testamento privato.

I primi testamenti pubblici erano quello *calatis comitiis* e quello *in procinctu*²⁸⁾, perocchè l'esercito schierato per la battaglia era parificato al popolo radunato nei comizii, davanti al quale il cittadino faceva testamento in tempo di pace.²⁹⁾ Ambedue questi testamenti erano, a parer mio, testamenti nel vero senso della parola: e difatti GAIO³⁰⁾ li chiama *testamenta* e ULPIANO³¹⁾ li mette accanto al *testamentum per aes et libram*. I cinque testimoni, rappresentanti, secondo una non improbabile congettura³²⁾, il popolo romano (a che allude del resto la parola *quirites* nella formula della nuncupazione « *vos quirites testimonium perhibetote* »), in quest'ultimo, e parimente nel testamento *calatis comitiis*, i comizii, erano convocati solo a scopo di solennità affinché il popolo fosse testimone di ciò che accadeva dinanzi a lui, senza però essere consultato e senza dar voto³³⁾. Questa

²⁸⁾ MÜLLER, *Disputatio academica de testamenti publici origine et solemnitatibus extrinsecis*, praeside Senckenberg def., Gottinga 1796, cap. 2 §§ 1-3. — MADIHN, *Diatriba de validitate testamenti non rite oblato*, Halle 1771 § 2 pag. 7. — SCHRADER, *Rechtsgeschichtliche Bemerkungen* (Osservazioni storico-giuridiche) nel *Magazzino dell'HUGO*, vol. V, pag. 154 nota ***. — ROSSHIRT, *Grundlinien des Röm. Rechts* (Linee fondamentali del diritto romano), § 109 pag. 248, Heidelberg 1824.

²⁹⁾ Vedi il § 1402.

³⁰⁾ Inst. II, 101. « Testamentorum autem genera initio duo fuerunt, nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa ad pugnam ibant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri ».

³¹⁾ XX, 2. « Testamentorum genera fuerunt tria, unum quod calatis comitiis, alterum quod in procinctu, tertium quod per aes et libram appellatum est ».

³²⁾ HUBERO, *Digressiones Inst.*, parte I, lib. IV, cap. 32. — GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario), vol. II, pag. 89. Il TREKELL invece ha cercato, nel suo *Tractatus de origine et progressu testamentifactionis*, cap. III, § 17 pag. 102 seg., di mostrare il contrario.

³³⁾ Il THOMASIIUS, *Prima initia successionis testamentariae apud Romanos*, § 10 segg. — HEINECCIUS, *Diss. de origine testamenti factionis*, §§ 13, 14 e il TREKELL, *Tractatus de origine et progressu testamenti factionis* sono di opinione diversa. Essi negano che i *testamenta calatis comitiis facta* fossero veri testa-

opinione è confermata anche da TEOFILO³⁴) (*vedi nota a pag. seg.*) nella descrizione che egli ci fa del *test. calatis comitiis*.

menti, imperocchè in essi non fosse decisiva la libera volontà del testatore, bensì il voto del popolo. Sarebbe stata necessaria quindi come per una legge la presentazione per parte di un magistrato e la votazione formale per parte del popolo, essendo esse null'altro che « *leges quaedam singulares sive privilegia, in gratiam alicuius a toto populo, magistratu aliquo rogante, lata, per quae uni alicui personae certus heres extra ordinem constituebatur* ». (TREKELL). Il DERNBURG però ha nei suoi *Beitraege zur Geschichte*, ecc. (Contributi alla storia dei testamenti romani), cap. 1. confutato ampiamente questa opinione e dimostrato che nel testamento *calatis comitiis* non aveva luogo *rogatio* e nulla di tutto ciò che era necessario per la presentazione di una legge, ma il popolo interveniva solo per solennità senza votare, al fine che la disposizione di ultima volontà fosse fatta con maggiore solennità dinanzi un testimone così onorevole. Gli antichi testamenti pertanto riposavano secondo il DERNBURG sulla privata volontà del testatore, nè più nè meno che il testamento dell'epoca più tarda. Il GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario), vol. II, parte II, cap. I pag. 46, ha voluto richiamare in onore l'opinione confutata dal DERNBURG, e ha tentato di giustificarla con l'ipotesi che i testamenti dell'antico tempo contenessero anche una adozione, risultando dall'orazione di CICERONE, *pro domo*, cap. 13, 14, che prima della conferma di un testamento si faceva luogo nei comizii ad un esame rigoroso del suo contenuto, precisamente come si faceva nell'arrogazione, in particolare nell'interesse dei figli. Questa presunzione poi diventa secondo il GANS una piena certezza quando si consideri l'adozione *per testamentum* ancora in vigore al principio dell'epoca imperiale: l'adozione testamentaria, della quale si trovano molti esempi, sebbene solo nei classici non giuristi (GANS, pagina 60 seg.), deriva evidentemente da un antico costume romano ed ha senso solo se si ammette che nei più antichi tempi l'istituzione di erede in un testamento abbia dato luogo principalmente ad un rapporto di adozione.

Io debbo confessare che la mia dottrina e il mio acume sono troppo scarsi per pretendere di dare un giudizio sopra un punto sul quale le fonti sono così manchevoli. Mi sia solo permesso di elevare alcuni dubbi. Il testo citato di CICERONE non mi sembra provi ciò che se ne vuol dedurre. Esso parla di una vera adozione nella quale interessava sapere se colui che voleva adottare non potesse ancora aver figli. Ma, come poteva nella confezione di un testamento davanti ai comizii aver luogo la ricerca se il testatore avesse figli, mentre l'originaria estensione della patria potestà era, come ognun sa, così ampia che gli stessi figli non avevano alcun diritto di eredità necessaria? E se i testamenti *calatis comitiis* contenevano davvero una adozione, come avrebbe un cittadino romano potuto nel medesimo atto testare ed arrogare? Evidentemente l'adozione per testamento avrebbe dovuto costituire un atto a sè. Il vero è che l'adozione per testamento, espressione che non si trova mai usata dai classici giuristi, non era una vera adozione, ma

Καὶ τὸ μὲν *calatis comitiis* ἐγένετο κατὰ εἰρήνης, δις τοῦ ἐνιαυτοῦ, τοῦτον τὸν τρόπον. ὁ κῆρυξ ἔπαυεν περιῆει τὴν πόλιν συγκαλῶν, καὶ πᾶς ὁ δῆμος συνέρχετο, καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ. « Et illud *calatis comitiis* tempore pacis fiebat, bis in anno, hunc in modum: praeco totam circumibat urbem convocans omnisque populus concurrebat et qui volebat teste populo testabatur ».

Quelle due specie di testamenti però caddero in disuso dopo che furono introdotti i testamenti privati, dei quali or ora parleremo. Il diritto nuovo per ciò conosce invece due altre specie di testamento pubblico, il giudiziario e quello fatto davanti all'imperatore. Di questi due parla la costituzione di ONORIO, ora conservataci solo nel Codice di GIUSTINIANO, perocchè nei frammenti da noi posseduti del Codice teodosiano non si trova. È la L. 19 Cod. *de testamentis* 6, 23.

« Impp. HONORIUS et THEODOSIUS A. A. JOANNI P. P. Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit qui actis cuiuscumque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius unquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure quod in nostris est scriniis constitutum teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere ne post senten-

soltanto l'obbligo imposto all'erede di portare il nome del testatore, come ha dimostrato in modo persuasivo il DIRKSEN nei suoi *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Roemischen Rechts* (Saggi di critica e interpretazioni delle fonti del diritto romano), diss. 2 num. 3 pag. 73-88. Vedi pure il § 341 di questo *Commentario* »).

34) *Paraphrasis graeca Institutionem*, II, 10, 1. Vedi pure REITZ, *ad Theophilum*, h. l. nota i tomo I, pag. 329 e nota r pag. 330.

n) Sul carattere degli antichi testamenti *calatis comitiis*, se cioè essi fossero o no vere leggi comiziali, sono da consultarsi ora i notevoli scritti di HORLDER, *Beiträge zur Geschichte des Roemischen Erbrechts* (Contributi alla storia del diritto ereditario romano), 1881. — FADDA, *Sull'origine dei legati* negli *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario dell'università di Bologna*, Roma 1888, pag. 163 seg. — FERRINI, *Sull'origine dei legati* nel *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. I pag. 111 seg.

tiam nostram inhibita videatur commutationis arbitrium; cum hoc ipsum quod per supplicationem nostris auris intimatur ita demum firmum sit si ultimum comprobetur nec contra iudicium suum defunctum postea venisse detegatur. Ne quid sane praetermisisse credamur, huiusmodi institutionis successoribus designatis: omnia, quae scriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblati precibus possit declarare: et stabile sciat esse, quod fecerit. Nec institutus heres pertimeseat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. Dat. XII Kal. Mart. Ravennae post Consulatum HONORII VIII et THEODOSII V, CONS. 413 »³⁵⁾.

Una ripetizione quasi testuale di questa costituzione è contenuta nella novella di VALENTINIANO III dell'anno 446 al titolo 4 *de testamentis* ³⁶⁾, nella quale VALENTINIANO si richiama anche alla costituzione di suo zio, che è appunto il nostro ONORIO. Che l'autore della nostra costituzione sia ONORIO e non TEODOSIO II appare anche alla sottoscrizione, essendo essa datata da Ravenna ³⁷⁾.

È notevole che qui si suppone come notorio che il testatore possa dichiarare la sua ultima volontà anche senza formalità, oralmente davanti al giudice o davanti alla curia della città e tale dichiara-

³⁵⁾ Questa indicazione dell'anno, che è esatta, non concorda però col numero del consolato di ONORIO; anche il giorno non è esatto; deve leggersi piuttosto: « XVI Kal. Martiis, Ravennae, post consulatum Honorii IX et Theodosii V », secondo hanno dimostrato il GOTOFREDO, *Chronologia Cod. Theod.*, tom. I, Cod. Theod. pag. 179 e il WALCH, *ad Eckhardi Hermeneuticam iuris*, lib. I, § 225.

³⁶⁾ *Collectio Novellarum constitutionum imperatorum Iustiniano anteriorum a RITTERO concinnata*. Codicis Theodos., tom. VI, Pars II, adi. lib. II, tit. IV, pag. 108. — HUGO, *Ius civile anteiust.*, tom. II, pag. 1320 seg. Forse per questa somiglianza gli autori del Breviario hanno del tutto tralasciato nella riproduzione del Codice Theodosiano la L. 19. Vedi WENCK, *Cod. Th. ad. L. 4 D. de test.*, 4, 4 nota d pag. 206.

³⁷⁾ Vedi WALCH, *ad Eckhardi Hermeneuticam iuris*, § 227.

zione di ultima volontà si ritiene valida ed efficace come se fosse stata fatta in modo solenne davanti a testimoni. È dunque evidente che il testamento giudiziale o *testamentum publicum quod fit apud acta* non deve la sua prima origine a questa costituzione³⁸⁾. È incerto quando questa forma di testamento sia nata. Alcuni³⁹⁾ ne pongono le origini al tempo in cui sotto gli imperatori i comizi furono trasferiti al Senato e questo poi insieme col principe sottentrò nel posto del popolo. I testamenti di cui parla la nostra L. 19 si sarebbero dunque sostituiti agli antichi testamenti comiziali. In contrario però fu già osservato dall'EINECCIO⁴⁰⁾ che i testamenti *comitiis calatis* erano già andati in disuso parecchi secoli prima che si pensasse ai testamenti giudiziali. Secondo il racconto di TEOFILO⁴¹⁾, col quale concorda anche ULPIANO⁴²⁾, al posto dell'antico testamento comiziale sottentrò il testamento *per aes et libram*.

³⁸⁾ SAVIGNY, *Geschichte des Roem. Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medio evo), vol. I, cap. II, pag. 82 84. — SPANGENBERG, *Beitrag zu der Lehre von Testamenten*. (Contributo alla teoria dei testamenti) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, num. 5 pag. 159 seg. Confr. pure SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte*, ecc. (Storia del diritto romano e antichità giuridiche romane), § 477 pag. 690, della 2.^a ediz., Göttinga 1826.

³⁹⁾ VINNIUS, *Comm. ad § 1 Inst. de test. ord.*, num. 1 in f. — HOPPIUS, *Comm. ad Inst. eod. loc.*, pag. 384 ediz. WALCH.

⁴⁰⁾ *Notae ad Vinnium*, loc. cit., pag. 320.

⁴¹⁾ *Paraphrasis graeca ad § I. de test. ord.*:

Ὅντων δὲ τούτων τῶν δύο γενῶν, συνέβαινε τινὰς αἰρινθία νόσῳ κατασχέσθ' ἄντας, ἀδιαθέτους τελεστέων. Οὕτε γὰρ *calatis comitiis* διατίθεντο, διὰ τὸ μ' ἔγωγε ἐπιστῆναι τὸν καιρὸν, οὔτε *prociectu* διὰ τὸ μὴ εἶναι πόλεμον. Ἄλλος τε δὲ διατίθεσθαι τις ἀπαίσιον ἐνόμιζεν ὑλαίνοντι σώματι. Διὰ τοῦτο ἐπενοήθη τρίτον γένος, ὅπερ ἐλέγτο *per aes et libram*, τοῦτέστι δια χαλκοῦ καὶ ζυγοῦ. Ἐγένετο τὸ κατὰ ἐμαυτοποιῶνα.

« (Porro cum haec duo essent genera, accidebat ut nonnulli repentino morbo correpti morerentur intestati: neque enim *calatis comitiis* testabantur, quia nondum tempus aderat, neque *prociectu* quia bellum non erat. aliter autem testari aliquis inauspicatum credebat sano corpore. Ideo excogitatum est genus tertium quod dicebatur *per aes et libram* fiebatque *per emancipationem*). Vedi WALCH, *ad Hoppii Comm. in Inst. § 1 de test. ord.*, nota e pag. 386.

⁴²⁾ XX, 2. « Illis duobus testamentis abolitis, uno quod *calatis comitiis*, altero quod in *prociectu* appellatum est, hodie solum in usu est quod *per aes et libram* fit, id est *per mancipationem imaginariam* ».

È pure inaccettabile l'ipotesi del SENCKENBERG ⁴³⁾ che sotto gli imperatori vi siano state tre specie di testamenti pubblici: primo *imperatorum oblata*, secondo *senatus aut municipibus oblata*, terzo *actis cuiusvis iudicis inserta*. Certamente il testamento giudiziale nacque per consuetudine, come sostiene anche il SAVIGNY ⁴⁴⁾, sotto gli imperatori: ma non è credibile che fosse conosciuto ai giureconsulti classici poichè essi parlano per il testamento nuncupativo di un *solemnis numerus testium* ⁴⁵⁾. Ora il testamento giudiziale, come noi lo conosciamo dalla costituzione dell'imperatore ONORIO, è appunto un testamento nuncupativo il quale però si fa con una semplice dichiarazione *apud acta* senza nessuna delle consuete formalità dei testamenti. Questo significa la frase « *actis cuiuscumque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicare iudicium* ». *Publicare testamentum* non deve dunque esser preso qui nel senso in cui noi lo prendiamo oggi, cioè di aprire un testamento e leggerlo, il che avviene soltanto dopo la morte del testatore; qui significa invece lo stesso che *testamentum apud acta conficere*, *actis insinuare* e indica la dichiarazione orale di ultima volontà che il testatore rende pubblica davanti al giudice ⁴⁶⁾. La pubblicazione del testamento dopo la morte del testatore si indica invece nelle fonti colla parola *recitare* ⁴⁷⁾. Tuttavia l'uso del linguaggio nelle costituzioni non è sempre così rigoroso che talvolta la parola *publicare* non si usi anche per *recitare* ⁴⁸⁾. I due atti, la confezione del testamento davanti al giudice, *publicatio seu insinuatio testamenti apud acta*, e la pubblicazione giudiziale di esso dopo la morte del testatore, *recitatio testamenti*, debbono dunque distinguersi nettamente, perchè mentre nulla hanno di comune fra loro, sono tuttavia stati spesso scambiati. La prima aveva luogo

⁴³⁾ *Diss. cit.*, cap. II, §§ 4, 5.

⁴⁴⁾ *Loc. cit.*, pag. 82.

⁴⁵⁾ Vedi per esempio L. 21 pr. Dig. h. t. Cfr. SCHILLING, *Bemerkungen*, ecc. (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 427 nota *.

⁴⁶⁾ L. 18, 19 Cod. *de testam.* L. 27, 30, 31, 32 Cod. *de donat.*, 8, 54.

⁴⁷⁾ L. 6 D. *test. quem. ap.*, 29, 3. L. 3 § 15 D. *de S. C. Siliciano*, 29, 5. — PAOLO, IV, 6, 1, 2. L. 1 Cod. *quem. test. ap.*, 6, 32. — BRISSONIO, *de verb. significatione*, v. *recitare*.

⁴⁸⁾ L. 2, L. 18 Cod. *de test.*, 6, 23. Vedi SAVIGNY, *loc. cit.*, nota 198 pagina 84.

soltanto nel testamento orale fatto pubblicamente davanti al giudice, la seconda invece nei soli testamenti privati solenni e suggellati. La forma moderna di consegnare agli atti del giudice un testamento scritto chiuso, perchè sia custodito fino alla morte del testatore, forma della quale parleremo in seguito, era sconosciuta ai Romani. Come avrebbe di un tale testamento potuto dirsi *testator mentis suae postremum publicavit iudicium*?

È senza dubbio da attribuire a questo scambio fra i due atti testè menzionati l'ipotesi che il grande CUIACIO ⁴⁹⁾ ha fatto e molti moderni hanno seguito ⁵⁰⁾, secondo la quale i Romani non avrebbero conosciuta una forma speciale di testamento giudiziale, ma i cittadini romani avrebbero avuto la consuetudine di deporre presso il giudice per maggior sicurezza i loro testamenti fatti nella forma ordinaria: il testamento giudiziale dei Romani non sarebbe dunque stato valido se non fosse stata seguita la forma ordinaria. Questa opinione non è fondata sopra ragioni persuasive. Può essere benissimo che testatori cauti abbiano talvolta dato a custodire presso il

⁴⁹⁾ *Ad Pauli sent. rec.*, IV, 6, 1 in SCHULTING, *Iurispr. anteiust.*, pag. 401.

⁵⁰⁾ G. S. MADIHN, s. C. B. UBER, *Diatriba de validitate testamenti non rite oblati*, § XIV. — Lud. G. MADIHN, *Principia iuris Romani de successionibus*, § 83; *Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit* (Miscellanea di varie parti della scienza del diritto), num. 21 pag. 101-102 e, a quanto pare, anche l'HORPFNER nel *Commentar über die Heineccische Institutionen* (Commentario alle Istituzioni di Eineccio), § 443 nota 1. È però esagerata l'affermazione di SPANGENBERG, *Diss. cit.*, pag. 160 nota 38, che tutti i moderni abbiano seguito il CUIACIO. Già il CONRADI, *Diss. de testamento publico quae fit apud acta*, Helmstadt 1741 § 2, richiamava la distinzione notata nel testo e l'HOFACKER confuta nei suoi *Principia iuris civilis*, tomo II, § 1276 nota a, l'opinione del MADIHN. Ma in modo superiore a tutti ha confutato l'opinione del CUIACIO il SAVIGNY, loc. cit., al quale han fatto seguito il THIBAUT nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. VI, pagina 229, o il LÖHR, *Uebersicht*, ecc. (Esame delle costituzioni imperiali romane riferentisi al diritto privato da Costantino a Teodosio II e Valentiniano III), pag. 92 nota 2, lo SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte*, ecc. (Storia del diritto romano e antichità giuridiche romane), § 477 pag. 691, il ROSSHIRT, *Grundlinien*, ecc. (Linee fondamentali del diritto romano), § 109 pag. 251, il WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Rechts* (Trattato di diritto comune), vol. II, lib. V, § 451 e il LANG, *Lehrbuch des Iustinianischen Röm. Rechts* (Trattato di diritto romano giustiniano), Mainz 1830, § 447.

giudice i loro testamenti solenni, come talvolta si costumava anche di deporre i testamenti nei templi delle divinità per sicurezza ⁵¹⁾; ma non è ammissibile che in ciò sia consistita la forma del testamento pubblico presso i Romani. Il contrario appare anzi dal fatto che nella nostra L. 19 Cod. *de testamentis* 6, 23 la confezione di un testamento giudiziale è distinta nettamente dalla confezione di un testamento davanti a testimoni, onde è detto:

« Sicut ergo securus erit qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium ».

Parimente VALENTINIANO III nella citata novella *de testamentis* dice:

« Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem ⁵²⁾, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere ».

I testi di PAOLO ⁵³⁾ e di ULPIANO ⁵⁴⁾, citati in contrario, non provano nulla come nulla provano le costituzioni di ALESSANDRO ⁵⁵⁾, di VALERIANO e GALLIENO ⁵⁶⁾, poichè essi non parlano della fazione di un testamento giudiziale, ma della pubblicazione dei testamenti dopo la morte del testatore, la quale doveva per la legge Giulia *vicesimaria* aver luogo davanti al giudice nel modo descritto da PAOLO nel citato testo. Un passo delle formule di MARCULFO ⁵⁷⁾, su

⁵¹⁾ Vedi § 1402 vol. XXIII, pag. 337 dell'originale tedesco.

⁵²⁾ Le parole precedenti *iure civili atque praetorio* si riferiscono soltanto al modo di testare per iscritto secondo il diritto civile e il pretorio. Vedi SCHILLING, *Bemerkungen*, ecc. (Osservazioni sulla storia del diritto romano), p. 376 nota 1056.

⁵³⁾ *Sent. Rec.*, IV, 6, 1, 2.

⁵⁴⁾ L. 2 § 4 D. *test. quem. ap.*

⁵⁵⁾ L. 2 Cod. *de test.*, 6, 23.

⁵⁶⁾ L. 2 Cod. *quem. test. ap.*, 6, 32.

⁵⁷⁾ Lib. II, form. 37. Essa suona, secondo l'edizione riferitane dal CUIACIO da un MS. di Emaro RAMONETTO (*ad Pauli Sent.*, IV, 6 in SCHULTING, *Iurispr. anteiust.*, pag. 401), nel modo seguente:

« Anno illo, sub die illa, civitate illa, adstante defensore et omni curia illius civitatis, Titius prosecutor dixit: peto, optime defensor vosque lauda-

cui il CUIACIO ed i suoi seguaci basano principalmente la loro ipotesi, sembra parlare bensì dell'insinuazione di un testamento solenne negli atti giudiziari, ma esso non prova che l'insinuazione giudiziaria non potesse avvenire validamente per un testamento non rivestito delle forme ordinarie del testamento ordinario. Per effetto dell'autorizzazione data dal testatore al *prosecutor*, il testamento doveva *ut mos est*, cioè secondo la consuetudine giudiziaria essere insinuato *gestis municipalibus*. Lo stesso testamento solenne doveva dunque essere letto davanti al giudice (« *testamentum nobis praesentibus recitetur* »), doveva dunque essere pubblicato e tutto il suo contenuto essere inserito negli atti giudiziarii. Che cosa restava dunque delle precedenti formalità se la forma giudiziaria sottentrava al loro posto? Infatti l'insinuazione giudiziaria consiste appunto in questa inserzione a protocollo ⁵⁸). Deve notarsi però che nel caso in questione il testatore non era andato da sè davanti al giudice, ma aveva mandato un *prosecutor* e questa circostanza obbligava a esaminare minutamente il mandato e le sottoscrizioni dei testimoni nel testamento per evitare falsità o frodi. E il LINDENBERG ⁵⁹) e il MABILLON ⁶⁰)

biles curiales atque municipales, ut mihi codices publicos patere iubeatis. Quaedam enim in manibus habeo quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor et curiales dixerunt: patent tibi codices publici, prosequere quae optas. Prosecutor dixit: Gaius vir illustris mihi mandavit testamentum, ut mos est, gestibus municipalibus insinuarem. Defensor dixit: mandatum quidem recitatum est, sed testamentum quod prae manibus te habere dicis etiam nobis praesentibus recitetur et, ut postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti defensor et curiales dixerunt: testamentum quod recitatum est gestis publicis inseratur. Prosecutor dixit: hoc amplius peto, optime defensor, ut mihi gesta publice edantur. Defensor et ordo curiae edixerunt: quia testamentum et mandatum rite condita et bonorum virorum subscriptionibus firmata cognovimus, aequum est ut gesta, cum a nobis subscripta et ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur eademque in archivis publicis conserventur ».

Con poche varianti, ma identica nella sostanza, questa formula si trova anche in BALUZII, *Capitularia regum Francorum*, tomo II, pag. 426 segg.

⁵⁸) Vedi GRUPEN, *Observationes de forma conficiendi acta apud Romanos*, Hannover 1753, § 4 pag. 40 segg.

⁵⁹) *Formulae* 83, in BALUZII, *Capitul. reg. francorum*, II, pag. 531 seg.

⁶⁰) *Appendice — Suppl. de re diplomatica*, pag. 77. Tutte queste formule si trovano anche in GRUPEN, *Observationes cit. de forma conficiendi acta apud Romanos*, § 4 pag. 44-49.

hanno riferito parecchi di tali atti di donazioni o testamenti insinuati per organo di mandatari.

Ma come andavano le cose quando il testatore si presentava personalmente davanti al giudice? L'insinuazione del testamento non avveniva in tal caso validamente anche senza che esso fosse stato prima fatto solennemente davanti a testimoni? Su ciò manca ogni prova. Ma sembra che il procedimento sopra esposto avesse luogo soltanto per quelle insinuazioni che si facevano per mezzo di prosecutori, come sono chiamati negli atti sopra citati, vale a dire per mezzo di mandatari, e ciò per garantire la legittimità e la sicurezza dell'atto. È da notare poi che nel caso speciale che dette occasione alla novella di VALENTINIANO III dell'anno 446 i due sposi si erano istituiti reciprocamente in un testamento fatto davanti a sette testimoni⁶¹⁾ e poi avevano presentato il documento all'imperatore con una domanda. Ohi ne vorrebbe concludere che anche il *testamentum principis oblatum* sia stato secondo questa novella nullo, ove non fosse stata seguita la forma ordinaria? Evidentemente ciò sarebbe in contraddizione con le parole iniziali della novella stessa:

« Jam dudum quidem divus avunculus noster, testamentorum compendia generali lege complexus formulam iuris antiqui, et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes ».

L'altra specie di testamento pubblico del diritto nuovo è il testamento davanti all'imperatore, il quale è valido alla pari del testamento giudiziale senza formalità. Questa forma di testamento fu introdotta dalla costituzione dell'imperatore ONORIO⁶²⁾. L'occasione ne fu data, come osserva Giacomo GOTOFREDO⁶³⁾, dalla legge Giulia

⁶¹⁾ Nov. cit., § 3 verb. « *quamvis in unius chartae volumine supremum notis paribus condidere iudicium, septem testium subscriptionis roboratum* ». Vedi LÖHR, *Uebersicht*, ecc. (Esame delle costituzioni imperiali romane riferentisi al diritto privato, da Teodosio II a Giustiniano), pag. 34 nota 4.

⁶²⁾ STRYKIO, *Dissertatio de testamento principis vel iudici oblato*, Halae 1702. — WALCH, *Dissertatio de testamento principis oblato*, Jenae 1777.

⁶³⁾ *Comm. ad L. 6 Cod. Th. de inoff. test.*, 2, 19, tomo I, pag. 207 ediz. RITTER. Cfr. pure WALCH, *Diss. cit.*, capo I, § 10.

e Papia, secondo la quale gli sposi che si fossero istituiti eredi in un testamento reciproco potevano ricevere la totalità del lascito soltanto se avessero avuto figli dal loro matrimonio ⁶⁴). Gli sposi che non avessero figli potevano però ottenere dal principe il *ius liberorum* ⁶⁵). CATULLINO, che nella L. 4 Cod. Theod. *de iure liberorum*, (da congiungersi secondo il GOTTFREDO con la nostra L. 19 di cui fa parte) è chiamato *vir clarissimus*, non aveva avuto figli dalla sua sposa, tuttavia i due coniugi si erano istituiti eredi l'un l'altro in un testamento reciproco e consegnavano il testamento senza altra forma all'imperatore colla preghiera di concedere loro il *ius liberorum*. L'imperatore prese il testamento senza fare alcun rescritto ed emanò la costituzione che si legge nel Codice di GIUSTINIANO come L. 19. Un caso simile accaduto ai coniugi Leonii dette non molto dopo occasione all'imperatore VALENTINIANO III di rinnovare questa legge. Egli ordinò però anche che non solo i coniugi che chiedessero il *ius liberorum*, ma chiunque altro avesse d'allora in poi il diritto di indirizzare con un ricorso le proprie ultime disposizioni all'imperatore e tali disposizioni fossero senza necessità di altra forma pienamente valide come un testamento: la semplice scienza dell'imperatore doveva bastare, ancor che egli non avesse emanato alcun rescritto confermativo. Ciò è detto nella Novella di VALENTINIANO III al § 1 ⁶⁶).

« Sed quoniam LEONIUS vir spectabilis munitus veteribus constitutis nostram simplex maluit expectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur salubri definitione censescentes ut, sive inter se coniugum seu quorumcumque consensus oblatis serenitati nostrae precibus optaverit, morte praeveniens ⁶⁷) heredem superstitem fieri oport-

⁶⁴) ULPIANO XVI, 1. — HEINECCIUS, *ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam Comm.*, lib. II, cap. 15 §§ 6-8 pag. 285-91.

⁶⁵) ULPIANO, loc. cit. — HEINECCIUS, loc. cit., § 8 pag. 289 seg. — WALCH, *Diss. cit.*, pag. 25 segg.

⁶⁶) Secondo HUGO, *Ius civile anteiust.*, tom. II, nov. 63 lib. II, tit. 21 pagina 1321.

⁶⁷) Il RITTER nella sua edizione delle novelle di VALENTINIANO III, tit. IV, tomo 6 parte II, del Cod. Teodosiano, pag. 109 legge *praevenit*: e questa lezione mi sembra preferibile.

tere, hoc ita ratum firmumque permaneat ut nihil robustius aestimetur, § 2. Et in augustam ⁶³⁾ notitiam pervenisse sufficiat, etiam si nullum processerit ex hac parte responsum ».

Questa forma di testamento non deve però portare alcun attacco ai diritti dei terzi, e per conseguenza l'erede legittimario di cui i diritti siano stati violati o che sia stato preterito in tale testamento conserva intatto il diritto di valersi delle azioni competenti. Onde l'imperatore VALENTINIANO segue nel § 5 della citata novella:

« Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam vel praeteriti competere duxerit actionem hanc utranque secundum iuris et legum statuta servamus ».

E Giacomo GOTOFREDO ⁶⁴⁾ ha ben ragione di ritenere la L. 6 Cod. Th. *de inoff. test.* 2. 19 per una parte della L. 19 Cod. *de test.* 6, 23 perchè essa è pure di ONORIO ed ha la medesima iscrizione e la medesima sottoscrizione. È molto probabile che questa parte della legge seguisse dopo le parole della L. 19, *si ei alia nocere non possunt*: ecco il testo:

⁶³⁾ Secondo una annotazione del RITTER a questa Novella, nota *f* pag. 110, il SICHARD propone di leggere *et ad nostram* invece che *et in augustam*, e in ciò è d'accordo il WALCH, *Diss. cit.*, cap. 2 § 3 pag. 35. Io però non vedo motivo per ritenere inesatta la lezione comune. Augusto è tutto ciò che si riferisce alla persona dell'imperatore, quindi non solo l'imperatrice è detta Augusta, ma in OVIDIO, *ex Ponto*, lib. I, ep. 2 v. 117, si trova anche *Augustae aures*. Perchè dunque l'imperatore VALENTINIANO non avrebbe potuto chiamare una cosa giunta a sua conoscenza come imperatore una *augusta notitia*? Vedi GESSNER, *Thesaurus linguae et eruditionis romanae*, voc. Augustus, tomo I, pag. 547 e specialmente FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, h. v., pag. 288 segg. Non si comprende per ciò come alcuni scrittori, quali il FRITSCH, *Dissertatio de Augusta romanorum imperatrice*, cap. 8, e il CARPZOVIO, *de lege regia*, cap. 2 sez. 1.^a, abbian voluto intendere per *Augusta* la sposa dell'imperatore e credere sul serio che anche a questa potesse consegnarsi il testamento. Benchè ULPIANO in L. 31 Dig. *de legibus* dica: « Principes eadem Augustae privilegia tribuunt quam ipsi habent » all'imperatrice non fu mai data la potestà legislativa. Inoltre le parole « quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet » non si adattano per nulla, come già osservava il WALCH, *Diss. cit.*, cap. II, § 3, all'imperatrice.

⁶⁴⁾ *Comm. ad L. 6 Cod. Th. de inoff. test.*, tom. I, pag. 207 ediz. RITTER.

« Adversus iudicium omnibus integris atque servatis, quibus inofficiosi actio aut de immodicis donationibus coeperit forte competere, vel qui se praeteritum esse testatur. Non enim ita huiusmodi institutiones firmandas esse censuimus ut competentibus actionibus viam minime clauderemus ».

Secondo le costituzioni degli imperatori ONORIO e VALENTINIANO III il testamento davanti al principe non era un testamento orale, ma doveva essere consegnato all'imperatore per mezzo di una supplica. Era poi indifferente che il testamento fosse testualmente inserito nella supplica o fosse invece aggiunto per iscritto a questa ⁷⁰). Ciò che importava era solo che il testamento fosse consegnato insieme con la supplica all'imperatore e questi quindi lo conoscessero, tale conoscenza essendo appunto ciò che suppliva alla mancanza di tutte le altre formalità ordinarie, come appare dalle parole iniziali della L. 19:

« Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide ⁷¹) precibus etiam conscientiam principis tenet ».

A dir vero, è detto anche *voluntates hominum audire volumus*, e poco dopo: *hoc ipsum quod per supplicationem nostris auribus intimatur*. Si potrebbe perciò credere che il testatore potesse dichiarare la sua volontà anche oralmente all'imperatore; ma le espressioni *audire* e *auribus intimare* non debbono necessariamente intendersi per una dichiarazione orale.

Basta infatti ricordare che le suppliche non erano consegnate all'imperatore stesso, ma al *magister libellorum*, che poi ne riferiva all'imperatore ⁷²).

⁷⁰) WALCH, *Diss. cit.*, cap. 2 § 2, 4, 5.

⁷¹) Le parole *mera fide* sono spiegate in varii modi, come può vedersi in WALCH, *Diss. cit.*, cap. 2 § 9. La spiegazione più esatta è quella del GOTOFREDO, *ad L. 6 Cod. Th. de inoff. test.*, tomo I, pag. 207, il quale intende queste parole nel senso che il testatore espone nella supplica la sua ultima volontà senza alcuna formalità. — HÖPFNER, *Commentar*, ecc. (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO), intende per *mera fides* la piena credibilità.

⁷²) PANCIOLOI, *Comm. in notitiam imp. Orientis*, cap. 96, pag. 150 seg. — GUTHERIUS, *de officiis domus Augustae*, lib. III, cap. 5, pag. 447 seg. — GOTOFREDO, *Comm. ad L. un. Cod. Th. de magistris scriniorum*, p. II, tomo II,

Inoltre *audire* non significa sempre udire, ma significa anche, come fu già osservato dal BRISSONIO ⁷³⁾ sulla base di parecchi testi, accordare un'udienza domandata al giudice o all'imperatore. Parimente l'espressione *auribus alicuius quid intimare* non significa altro che far noto, portare a conoscenza, dichiarare ⁷⁴⁾. Del resto poi è noto che fin dai tempi di TIBERIO fu costume che ogni atto indirizzato all'imperatore dovesse essere scritto ⁷⁵⁾; già la stessa espressione *preces principi oblatae* allude alla scrittura.

La presenza del solo imperatore non bastava però, come indicano le parole « quod insertum mera fide precibus *inter tot nobiles probatasque personas* etiam conscientiam principis esset ». Si discute soltanto se la consegna del testamento dovesse esser fatta all'imperatore nella riunione del suo concistoro o anche fuori di questa purchè in presenza di alcuni dei suoi consiglieri. Molti ⁷⁶⁾ si pronunciano per quest'ultima opinione per la ragione che nella legge non è mai fatta menzione del concistoro e per conseguenza non è necessario credere che le *nobiles probatasque personae* fossero *comites consistoriani*, mentre è noto che gl'imperatori romani erano anche fuori del loro concistoro sempre circondati da una Corte di alti funzionari dello Stato e di persone di grado elevato. Nel *consistorium* imperiale del

pag. 93 seg. — GRUPEN, *Observationes de forma conficiendi acta apud Romanos*, obs. II § 2, pag. 91 seg. — HAUBOLD, *de consistorio principum Romanorum*, spec. II, cap. 7 § 7. Opuscola edita a WENCK, I, pag. 308.

⁷³⁾ *De verborum significatione*, v. *audire*. Perciò il *consistorium principis* è spesso chiamato nelle leggi anche *auditorium* e *sacrum auditorium principis*, L. 2 Cod. Th. *de pactis et transactionibus*, L. 13, 40, 44, 48 Cod. Th. *de appell.* L. 3, 4, 5 Cod. Th. *de reparationibus*. — GUTHERUS, *de officiis domus Augustae*, lib. I, cap. 17, pag. 58. — WALCH, *Diss. cit.*, cap. II § 7 e in particolare HAUBOLD, *de consistorio principum romanorum*, cap. I § 2, e più particolarmente cap. III § 1, pag. 194 seg., 230 seg. nel tomo I degli Opuscoli.

⁷⁴⁾ GOTOFREDO, *Gloss. nomic. Cod. Theod.* v. *intimare*, tomo VI, parte II, pag. 221. — BRISSONIO, *de verborum signif.* v. *intimare*.

⁷⁵⁾ TACITO, *Annales* IV, 38. Cod. Iust. *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. — Vedi GUTHERUS, *de officiis domus Augustae*, lib. I, cap. 34, pag. 164 seg.

⁷⁶⁾ WALCH, *Diss. cit.* cap. 2 §§ 8-10, *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. 2.^a, cap. IV membr. 3 § 3, nota *) pagg. 237-289. — WERNHER, *Lectissimae commentationes in Pandectas*, Parte II h. t. § 14. — MALBLANC, *Principia iuris romani*, Pars II sect. ult. § 692.

resto si trattavano solo gli affari pei quali occorreva un consiglio, e questo non occorreva certo per la semplice consegna di un testamento. Se così non fosse stato, del resto, il testamento avrebbe anche dovuto essere inserito negli atti palatini e in tal caso per nulla si sarebbe differenziato dal testamento giudiziale, dal quale pure vien distinto nettamente colle parole: « qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicavit iudicium ».

Altri ⁷⁷⁾ non solo non ritengono necessaria la presenza del Consiglio privato dell'imperatore, ma neppure di qualsiasi altra persona, e credono sufficiente che il testamento sia consegnato al principe anche solo, la validità di esso dipendendo appunto dall'intervento e dalla scienza dell'imperatore, che suppliscono ogni formalità. Le parole *inter tot nobiles probatasque personas* non sono, secondo quegli scrittori, dispositive, ma semplicemente enunciative, non indicano cioè la necessità della presenza di quelle persone. Questa opinione è così evidentemente contraddittoria alle parole della legge che se anche non fosse stata già confutata esaurientemente dal WALCH ⁷⁸⁾ non meriterebbe confutazione.

I più ⁷⁹⁾ sostengono che per la validità del testamento davanti al principe occorre che esso sia consegnato all'imperatore nell'adunanza del suo concistoro. Quest'opinione è consentanea alle prescrizioni

⁷⁷⁾ TABOR, *de testamento principi aut comiti oblato*, cap. VI § 11. — STRYKIO, *Dissertatio de testamento principi vel iudici oblato*, Halae 1702, § 12. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4 § 2 tomo I § 358 dell'ediz. HAUBOLD.

⁷⁸⁾ *Controversiae iuris civilis*, loc. cit., pag. 287 seg.

⁷⁹⁾ CUIACIO, *Recitationes solennes ad tit. 23 Cod. lib. VI de testamentis* — ad L. 19, a verb. « unicum tantum addemus ». — GOTOFREDO, *ad L. 6 Cod. Th. de inoff. test.*, vol. I, pag. 205, ediz. Ritter. — DONELLO, *Comm. de iure civili*, VI, 6 § 4. — *Comm. ad L. 19 Cod. de test.* — GRUPEN, *Observatio II de forma testamentorum iudicialium et privatorum in scriptis* § 2 pagg. 86-93. — PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, tomo IV, obs. 197 § 5. — T. M. ZACHARIAE, *Institutionen des Röm. Rechts* (Istituzioni di diritto romano), lib. II, tit. 11, pag. 485. — HOEFFNER, *Commentar über die Hein. Inst.* (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO), § 443 nota 1 pag. 471. — LÖHB, *Uebersicht*, ecc. (Esame delle costituzioni imperiali romane riferentisi al diritto privato da Costantino a Teodosio II e Valentiniano III), pag. 92. — SPANGENBERG, *Beitrag zur Lehre der Testamente* (Contributo alla teoria dei testamenti) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 173.

della L. 19 Cod. *de testamentis*, sia che per *consistorium* s'intenda il Consiglio segreto di Stato stabilito per gli affari di governo, sia che s'intenda invece il supreme tribunale imperiale stabilito per gli affari di giustizia e chiamato più propriamente *auditorium principis* ⁸⁰⁾. Infatti le parole *inter tot nobiles probatasque personas*, le quali certamente non possono indicare altro che i ministri o consiglieri di Stato (*comites consistoriani*) o i membri del tribunale dell'imperatore (*assessores auditorii conciliaris principis*) dei quali appunto PAPINIANO ⁸¹⁾ dice che, *circa latus principis agebant*, non possono indicare la semplice presenza casuale di alcuni consiglieri di Stato o di altre persone di grado elevato in compagnia delle quali l'imperatore si trovasse fuori di una regolare adunanza, ma indicano evidentemente l'adunanza del *consistorium* o dell'*auditorium* presiedute dall'imperatore al momento della consegna del testamento. In secondo luogo a questa adunanza si riferiscono indubbiamente anche le parole *nobis mediis*, le quali altro non significano che « nobis inter comites consistorianos seu consiliarios nostros praesentibus ». In terzo luogo era consentaneo al normale funzionamento di questi collegi che il testamento fosse anche qui inserito a protocollo come il testamento giudiziario al quale esso viene parificato. Infatti ogni atto che si compieva davanti al *consistorium* o all'*auditorium* del principe doveva necessariamente essere inserito a protocollo alla pari di ogni altro atto che si compieva davanti al giudice, non essendo ammissibile una fede pubblica *extra acta publica*. Ciò significa anche l'espressione « *actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicavit iudicium* ». Ora, come potevano i testamenti fatti davanti all'imperatore inserirsi negli atti pubblici se l'imperatore si trovava fuori del suo *consistorium* o *auditorium*? In quarto luogo è da notare che il testamento era deposto nell'archivio dell'imperatore, fondandosi la sua validità appunto sulla circostanza dell'intervento dell'imperatore e sulla fiducia riposta nel suo archivio. Ciò appare dalle parole: *toto iure quod in nostris est scriiniis constitutum teste succedit*. Gli *scrinia sacra palatii* nei quali si riponevano gli atti ed i documenti riguar-

⁸⁰⁾ Di questo concistoro ho già parlato diffusamente nel § 1355 d.

⁸¹⁾ L. 30 pr. Dig. *de excusat.* 27, 1 L. 11 § 2 Dig. *de minoribus* 4, 4.

danti il diritto erano parecchi, cioè *scrinia memoriae, dispositionum, epistolarum, libellorum* e a ciascuno era preposto un funzionario imperiale detto *magister* ⁸²⁾. Ora non è detto in quale archivio si custodisse il testamento consegnato al principe, ma poichè il *magister libellorum* era quello che riceveva tutte le suppliche e ne riferiva poi all'imperatore ⁸³⁾, così è da credere che anche il testamento fosse deposto presso quell'archivio dove era stato presentato con la supplica ⁸⁴⁾.

Chi crederebbe dunque che l'imperatore potesse ricevere testamenti fuori del suo *consistorium* o che il deposito di essi si facesse nell'archivio senza inserirlo a protocollo e lasciarne una ricevuta al testatore? Un'ultima prova dell'opinione qui difesa è contenuta nella novella di VALENTINIANO III *de testamentis*. VALENTINIANO dice, riferendosi alla costituzione del suo divo zio ONORIO: « *validissimam statuens voluntatem cum de nostris altaribus coniuges petunt ut decedenti prius succedat superstes* ». Qui è notevole l'espressione *nostra altaria*; essa indica il carattere di divinità che gl'imperatori romani, anche i cristiani, si attribuivano; essi designavano con quella espressione il luogo dove davano disposizioni come capi dello Stato o pronunciavano giudizi come giudici supremi ⁸⁵⁾, ed è questa un'espressione che il più spesso ritorna nelle costituzioni degli imperatori cristiani ⁸⁶⁾.

⁸²⁾ Di questi *scrinia* e dei preposti ad essi trattano ampiamente Guido PANCIROLI, *Commentarius in notitiam imp. Orient.*, Cap. 93-97 pag. 145-152. — G. GUTHERIUS, *de officiis domus Augustae*, lib. III, cap. 3-7, pag. 427-474 e G. GOTOFREDO, *Paratit. ad lib. VI, tit. 26 Cod. Th. de proximis, comitibus dispositionum ceterisque qui in sacris scriniis militant*, tomo II, pag. 145, edizione Ritter.

⁸³⁾ PANCIROLI, loc. cit., cap. 96, pag. 151.

⁸⁴⁾ GOTOFREDO, *Comm. ad L. 6 Cod. Th. de inofficiosi test.*, tomo I, pagina 208.

⁸⁵⁾ Il GRUPEN nella citata *Obs. II, de forma test. iud.* § 2, pag. 89 interpreta queste parole con *consensus in Consistorio*. Con lui concorda l'HAUBOLD, *de consistorio principum romanorum*, spec. I, cap. I § 3. — *Opuscula*, vol. I, pag. 198. Al contrario il WALCH, *Diss. cit.*, cap. II, § 10, crede coll'espressione *altaria nostra* s'intenda la persona stessa dell'imperatore.

⁸⁶⁾ L. 6 Cod. Th. *de relat.* 9, 29 « *nostris altaribus suggestio offeratur* ». L. 7 Cod. Th. *de locatione fundorum*, 10, 3 « *rescriptum de nostris altaribus meruerit* ».

e si riferisce all'antico costume pel quale nel luogo dove si amministrava la giustizia erano altari sui quali le parti litiganti sacrificavano prima di portare la lite in giustizia, perchè in quegli antichi tempi il giudice si onorava come gli dei ⁸⁷⁾.

L'erede istituito in un testamento depositato presso l'imperatore non era danneggiato pel fatto che l'imperatore non facesse seguire alla supplica un rescritto. La nostra costituzione dice: « nec sane illud heredibus nocere permittimus si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderit » e ne dà per motivo che non si debba credere che col rescritto sia limitata la libertà del testatore di mutare volontà. L'imperatore vuole soltanto essere testimone dell'ultima volontà del testatore, non vuole impedirgli di cambiarla. « Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum quod per supplicationem auribus nostris intimatur ita demum firmum sit si ultimum comprobetur nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur ».

L'espressione della legge *omnium testamentorum solemnitate superare videtur* si riferisce soltanto alla forma esteriore del testamento e perciò non è da credere che con essa si voglia supplire al difetto di testamentifazione attiva. Il legislatore suppone espressamente che coloro ai quali è concesso il privilegio di testare davanti al principe siano in generale capaci di testare. « Omnibus enim praestandum esse censemus, dice ONORIO, ut libero arbitrio cui testandi facultas suppetit successorem suum oblati precibus possit declarare ». E certamente le ultime parole della legge *si ei alia nocere non possint* indicano, come giustamente ha osservato il WALCH ⁸⁸⁾, che in questo testamento non debbono mancare i requisiti ordinari delle disposizioni di ultima volontà. Parimente deve essere osservata anche la forma interna del testamento; e pertanto ciò che le leggi stabiliscono

⁸⁷⁾ LATTANZIO, *de mortibus persecutorum*, cap. 15. « Ne cui temere ius diceretur, arae in secretariis ac pro tribunali positae ut litigatores prius sacrificarent atque ita causas suas dicerent, sic ergo ad indices tamquam ad deos adiretur ». — Vedi WAGNER, *Dissertatio de aris in curiis et pro tribunali apud Romanos positis*, Lipsia 1732, § 9.

⁸⁸⁾ *Diss. cit.*, cap. § 13.

per l'istituzione d'erede e per la diseredazione deve essere osservato anche nei testamenti davanti al principe⁸⁹⁾, e se anche non s'intendesse da sé che l'intervento del principe non può farsi servire allo scopo di violare i diritti degli altri, ciò sarebbe spiegato chiaramente dall'imperatore VALENTINIANO III nella novella *de testamentis* con la quale confermava la costituzione di suo zio, colle seguenti parole al § 6⁹⁰⁾:

« Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utranque secundum iuris et legum statuta servamus ».

Circa l'odierna applicabilità di questa forma di testamento gli scrittori sono di opinioni diverse. Alcuni⁹¹⁾ ritengono che un tale testamento non esista nè possa più esistere in Germania, perchè i nostri principi tedeschi non presiedono più in persona i loro Consigli di Stato, e se anche li presiedessero non si potrebbero più depositare presso di essi i testamenti, appartenendo oggi i testamenti esclusivamente al ramo della giustizia; ora un testamento che fosse consegnato al supremo collegio giudiziario dello Stato non si potrebbe dire un *testamentum principi oblatum*, per quanto quel collegio renda la giustizia in nome del principe. Però, benchè non sia da negare che un *testamentum principi oblatum* sarebbe ormai una rarità giuridica, non si può dubitare in modo assoluto della possibilità di esso⁹²⁾, peroc-

⁸⁹⁾ WALCH, loc. cit., pag. 77.

⁹⁰⁾ HUGO, *Jus civile anteiusl.* tomo II, pag. 1322.

⁹¹⁾ LUD. G. MADIEN, *Principia iuris civilis romani de successionibus* § 74. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano) § 822, 3.^a ediz. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, libro 5 § 58 o 451 della 3.^a edizione.

⁹²⁾ MANZ, *Tractatus de testamento valido et invalido*, tit. 20. — STRUVIO, *Synagoga iuris civilis*, tomo II, exerc. 32 th. 9. — MÜLLER, *ad eundem*. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pandectarum*, Pars II h. t. §§ 44-46. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. IV, th. II, nota 1. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani-germanici*, II, § 1275. — CLAPHOTH, *Abhandlung von Testamenten* (Dissertazione sui testamenti) § 35. — WALCH, *Dissertatio de testamento principi oblato*, cap. 3. — THIBAUT, *Pandette*, II § 694. — PUOHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens*, ecc. (Manuale della procedura giudiziaria nelle materie civili non contenziose), II § 242.

chè in questo senso si esprimono non solo alcune leggi particolari ⁹³⁾, ma anche decisioni giudiziarie ⁹⁴⁾. La pratica anzi va più in là della teoria; per essa è possibile un testamento davanti al principe, non solo scritto, ma anche orale ⁹⁵⁾ e ammette pure che possa esser consegnato al principe anche fuori dell'adunanza del suo Consiglio privato ⁹⁶⁾, e anche a una deputazione a ciò delegata dal principe ⁹⁷⁾ e ritiene non sia necessario il deposito del testamento nell'archivio del principe ⁹⁸⁾ e infine ammette che anche le persone incapaci di testare divengano capaci se il principe conosceva la loro incapacità ⁹⁹⁾.

§ 1408 a.

Testamento davanti al parroco e a due testimoni.

Fra i testamenti pubblici va annoverato anche il testamento che per diritto canonico può essere fatto davanti al parroco competente e due o tre testimoni ¹⁰⁰⁾. Questa forma di testamento canonico riposa

⁹³⁾ *Baierisches Landrecht* (Diritto territoriale bavarese) parte III, cap. 4 § 3. — *Allgemeines Preussisches Landrecht* (Diritto territoriale generale prussiano) Parte I, tit. 12, §§ 175-176.

⁹⁴⁾ *Consilia Tubingae*, vol. III, pag. 579. — CAERZOVIO, *Decisiones*, P. III, dec. 293. — STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VII, § 14.

⁹⁵⁾ STRYKIO, loc. cit. § 13. — MUELLER, *ad Struvium*, loc. cit., nota 7, n. 4. — THIBAUT, *Pand.* loc. cit.

⁹⁶⁾ STRYKIO, loc. cit. § 12. — BERGER, *Oeconomia iuris* loc. cit., th. 2, nota 1. — LAUTERBACH, loc. cit. § 46. — HOFACKER, loc. cit. § 1275, n. 2.

⁹⁷⁾ STRYKIO, loc. cit. § 5. — LAUTERBACH, loc. cit. § 46. — HOFACKER, loc. cit. — HOEFFNER, *Commentar ecc.* (Commentario alle Istituzioni di Einnuccio) § 443 verb. *publice*.

⁹⁸⁾ STRYKIO, loc. cit. § 20. — LAUTERBACH, loc. cit. § 46 in fine. — HOFACKER, loc. cit. in fine.

⁹⁹⁾ THIBAUT, *Pandette*, § 694. — Vedi però WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune) vol. II, libro V, § 451.

¹⁰⁰⁾ THOMASINI, *Vetus et nova ecclesiarum disciplina*, Pars III, lib. I, cap. 24 §§ 3-5, tomo VII, pagg. 152-155 ediz. di Magonza. — STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. XIII §§ 23-35. — KRIEGER, *Disquisitio de testamento coram parcho et duobus testibus occas. cap. 10 X de testamentis*, Altorfii 1734. — BARTHOLOMAEI, *Exercitatio de testamento rustico choram parcho et duobus tribus testibus confecto*, nelle *Exercitationes iuridicae*, Ulmae 1754, excerc. II, pagg. 27-42. — NELLER, *Dissertatio de testamento clerici Trevirensis*, Pars II

su una decretale del papa ALESSANDRO III, il cap. 10, X *de testamentis*, 3, 26 indirizzato nell'anno 1170 al vescovo di Ostia, di cui riferiamo il testo secondo l'edizione del BOEHMER.

« Cum esses, frater episcope, in nostra praesentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit: *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum*, prescriptam consuetudinem penitus improbamus. Et testamenta quae parochiani coram presbytero suo et tribus vel duobus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate firma decernimus permanere et robur obtinere perpetuae firmitatis sub interminatione anathematis prohibentes ne quis praesumptione qualibet huiusmodi audeat rescindere testamenta ».

Il BOEHMER ¹⁾ e il WALTER ²⁾ hanno messo in luce i motivi per quali i papi si sono ritenuti autorizzati a portare i testamenti sotto la giurisdizione ecclesiastica e a dare disposizioni su di essi. In questa decretale si parla di una consuetudine che dominava nella diocesi del vescovo di Ostia, secondo la quale tutti i testamenti erano dichiarati nulli in giudizio quando non fossero stati fatti davanti a sette o cinque testimoni, secondo le prescrizioni delle leggi romane indicate qui col nome di *leges humanae*. Il papa ALESSANDRO III respinge questa consuetudine perchè contraria alle leggi divine, alle decisioni dei

§ 2 nota **), in SCHMIDT, *Thesaurus iuris ecclesiastici*, tomo VI, pag. 433. — F. WALTER, *Lehrbuch des Kirchenrechtes* (Trattato del diritto ecclesiastico di tutte le confessioni cristiane), § 357 della 4.^a ediz. Bonn 1829. — Edoardo GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario) vol. III, parte III, cap. I, pag. 140. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch ecc.* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, libro V, § 452 della 3.^a edizione.

¹⁾ *Observationes iuris canonici*, Obs. IV, in specie § 7.

²⁾ Loc. cit. Confronta pure BRENDL, *Handbuch des katholischen und protestanten Kirchenrechts* (Manuale di diritto ecclesiastico cattolico e protestante) § 159, pag. 508 seg. della 2.^a edizione, Bamberg 1827.

santi padri e all'uso comune della chiesa, secondo i quali la verità consiste nella dichiarazione davanti a due o tre testimoni. Da ciò si vede che ai tempi del papa ALESSANDRO III i testamenti potevano, come ha osservato giustamente anche Lodovico TOMASSINI ³⁾, esser fatti in due forme, o secondo il diritto civile o secondo il diritto canonico. Non era certamente intenzione del papa di abolire la forma del testamento romano davanti a sette testimoni per sostituirvi il testamento davanti al parroco e due o tre testimoni, come ritiene il PANORMITANO. Il papa voleva soltanto che il testamento del diritto canonico avesse la medesima validità del testamento fatto secondo il diritto civile davanti a sette testimoni e condannava la consuetudine di dichiarare nulli tutti i testamenti che non fossero stati fatti secondo le prescrizioni del diritto romano davanti a cinque o sette testimoni. L'epoca del papa ALESSANDRO coincide infatti col periodo di risorgimento del diritto romano in Italia, quando, per la formazione della nuova scuola di Bologna, l'amore per la scienza del diritto e l'ardore per lo studio del diritto romano avevano avuto un tale risveglio che non solo il diritto romano s'insegnasse con vero entusiasmo delle scuole, ma si applicasse anche nei giudizi ⁴⁾. Poichè perciò il diritto canonico cominciava ad essere quasi del tutto trascurato, non è meraviglia se i giudici giudicavano piuttosto secondo il diritto romano che secondo il diritto canonico e per conseguenza dichiaravano nulli i testamenti che non fossero fatti secondo le forme del diritto civile. A questa consuetudine si riferisce la minaccia di anatema del papa. La volontà di questo è che ognuno abbia libertà di testare secondo le forme del diritto romano, ma anche la forma del diritto canonico di testamento davanti al parroco e a due testimoni debba essere favorita nello stesso modo, e tali testamenti non debbono più dichiararsi nulli, come avveniva secondo una consuetudine dominante, che si voleva abolita ⁵⁾. Il papa ALESSANDRO non introduceva dunque alcuna forma nuova di testamento, soltanto confermava la pratica per

³⁾ Loc. cit. § 4 pag. 153.

⁴⁾ SAVIGNY, *Geschichte*, ecc. (Storia del diritto romano nel Medio Evo), vol. III, cap. 18.

⁵⁾ ENGEL, *Collegium universi iuris canonici*, libro III, tit. 26 n. 12. — KRIEGER, *Diss.* cit. § 3.

la quale il testamento poteva farsi validamente anche davanti al parroco con due o tre testimoni, i quali però dovevano essere persone idonee, quindi non donne ⁶). Molti concilii tenuti poi in Francia, in Inghilterra ed in Ispagna resero obbligatorio anche pei laici il testamento davanti al parroco ⁷). Del resto questa forma di testamento secondo il diritto canonico è generalissima e non può ritenersi limitata nè a una certa specie di testamenti, per esempio ai *testamenta ad pias causas*, nè a una certa classe di persone, per esempio ai soli ecclesiastici, se non si voglia far forza al significato evidente delle parole ⁸). Anzi il papa ALESSANDRO III per i testamenti a scopo pio non richiede che la presenza di due o tre testimoni, senza neppure la necessità del parroco ⁹).

Colla recezione del diritto canonico in Germania fu conosciuta anche la forma del testamento canonico ¹⁰), ma per consiglio dei dotti si dette la preferenza alla forma del testamento romano e questa fu confermata come da una legge generale dell'impero dall'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I dell'anno 1512 ¹¹). Così la forma del testamento canonico andò fuori d'uso o non si applica più in Germania neppure nei paesi cattolici ¹²), se non si possa provare

⁶ Di opinione diversa è lo STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. XIII, § 30, perchè il diritto divino non esclude, secondo lui, le donne dalla testimonianza. — Concorde il BARTHOLOMAEI, *Exercitatio*, cit. § 13, pag. 40. Ma non solo il diritto civile (L. 20 § 6 Dig. h. t.), bensì anche il diritto canonico esclude le donne dalle testimonianze; can. 17, 19 C. 33 qu. 5. Cap. 10 in f. X *de verb. sign.* Vedi KRIEGER, *Diss.* cit. § 11.

⁷ THOMASSINUS, loc. cit. § 5, pag. 153 seg., indica i concilii che vi si riferiscono.

⁸ Vedi KRIEGER, *Disquisitio* cit. § 3. — BARTHOLOMAEI, *Exercit.* cit. § 6, pag. 31 seg.

⁹ Cap. 11 X *de test. verb.* « tribus aut duobus legitimis testibus requisitis ». Qui non si fa cenno però, come nel precedente cap. 10, del parroco.

¹⁰ KRIEGER, *Diss.* cit. §§ 5, 6.

¹¹ KRIEGER, *Diss.* cit. §§ 7, 8.

¹² STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. 13 § 27. — HOEFFNER, *Commentar über*, ecc. (Commentario alle Istituzioni di Eneccio) § 450. — RIEGGER, *Institutiones iurisprudentiae ecclesiasticae*, Pars III, §§ 393, 394. — PEHEM, *Praelectiones in ius ecclesiasticum universum*, Pars II, § 738. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 694. — DABELOW, *Handbuch des heutigen*, ecc. (Manuale del diritto attuale privato romano tedesco), Parte I § 1065. — La differenza, che fa l'ENGEL,

che in un determinato luogo essa fu specialmente introdotta o mantenuta ¹³⁾.

§ 1408 b.

Diverse specie di testamenti privati.

I testamenti privati sogliono distinguersi in solenni e non solenni, secondo che sia richiesta l'osservanza di tutte le formalità prescritte o possano queste tralasciarsi in tutto o in parte. Più esattamente però essi si distinguono in testamenti regolari e irregolari, secondo che si debbano fare secondo la regola del diritto comune, cioè oralmente o per iscritto con le ordinarie formalità, oppure deroghino alla forma comune e si richiedano, a cagione delle particolari qualità o relazioni del testatore, ora maggiori, ora minori formalità, ora anche nessuna. Tali testamenti irregolari sono dunque di specie diverse, o sono tali cioè che la forma sia più rigorosa e solenne che negli ordinarii testamenti solenni, come per esempio il testamento del cieco (§ 1406 d) e il testamento di colui che non sa scrivere (§ 1406 e) e tali testamenti sono detti straordinarii; oppure son tali che le formalità ordinarie siano abbandonate in tutto od in parte e così si facciano

Collegium iuris canonici universi, lib. III tit. 26 n. 10, fra gli ecclesiastici e i laici, per la quale gli ecclesiastici potrebbero ancora testare secondo il diritto canonico, è giustamente respinta come infondata da S. GMEINER, *Institutiones iuris ecclesiastici*, tomo II, § 465, scholia, pag. 377 seg. della 4.^a ediz., Graevii 1808.

¹³⁾ Il testamento canonico vale per esempio in Bamberg. — VERACII, *Libellum consuetudinum principatus Bambergensis* 1681, rec. 1733, cap. ult. *de testamento*, pagg. 122-124. Ordinanza Bavarese del 19 gennaio 1809, Turingia. — RICHTER, *Decis.* 28, pag. 229. — BARTHOLOMAEI, *Exerc. cit.* § 11, nota b, pag. 36. — in Colonia, in forza di un sinodo tenuto sotto l'arcivescovo Massimiliano Enrico. Vedi HEDDERICH, *Elementa iuris canonici*, Pars III, § 100, pag. 82. Bonn 1781, Treviri. — NELLER, *Diss. de testamento clerici Trevirensis*. — Secondo una costituzione del grande elettore Carlo Gaspare del 1698 devono però, oltre al parroco, intervenire, non già due semplici testimoni, ma due scabini giudiziali o inviati. — NELLER, §§ 17-19. — Confr. pure MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principii di diritto privato comune tedesco) § 409, pag. 746 della 5.^a edizione.

in una forma più semplice e più facile; questi sono i testamenti detti più propriamente privilegiati ¹⁴).

A quest'ultima categoria appartengono il testamento del soldato, quello dei genitori a favore dei figli, il testamento fatto in campagna, il testamento a favore di pie cause e quello fatto in tempo di epidemia.

Di tutti questi parleremo al Libro XXIX, titolo I. Per ora da tutto ciò consegue che il testamento pubblico, nel quale la pubblica fede tiene il posto delle formalità, non deve essere annoverato fra essi ¹⁵).

§ 1409.

Il testamento giudiziale secondo la pratica odierna. Se la presenza del testatore sia assolutamente necessaria nel testamento pubblico.

Per dare ad una dichiarazione di ultima volontà il valore di un testamento pubblico bisognava secondo il diritto romano, fu già osservato, che la dichiarazione fosse fatta pubblicamente, sia davanti al principe sia davanti al giudice, dal testatore stesso e che fosse inserita negli atti pubblici. Ciò ne insegna la costituzione importantissima dell'imperatore ONORIO da noi già ampiamente spiegata nei paragrafi precedenti. Un testamento chiuso non poteva secondo il diritto romano essere consegnato nè all'imperatore nè al giudice; una semplice consegna di tale specie non bastava a farlo diventare un testamento pubblico valido. La pratica odierna però si è allontanata in più di un punto da queste prescrizioni del diritto romano:

1.° Essa ammette la consegna di un testamento scritto anche suggellato con i medesimi effetti della dichiarazione orale, senza la ne-

¹⁴) ZIMMERN, *Grundriss des Erbrechts* (Programma del diritto ereditario) pag. 20. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette) III, § 963, e specialmente PUCHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens*, ecc. (Manuale della procedura giudiziaria nelle materie di volontaria giurisdizione) parte II § 246, pag. 273.

¹⁵) HOFFMANN. *Observationes quaedam testamentariae*, Tubinga 1745, obs. 2.

GLÜCK, *Comm. Pandect.* — Lib. XXVIII. — 30.

cessità che il testamento suggellato sia aperto al momento della consegna, nè altra solennità invece ¹⁶⁾.

2.^o Essa non ritiene necessario che il testatore pel testamento giudiziale si rechi in persona davanti al giudice, ma può chiedere al giudice o che egli stesso si rechi da lui per ricevere il testamento o che gli mandi una deputazione davanti la quale il testatore dichiarerà verbalmente la sua volontà perchè sia inserita a protocollo, o alla quale consegnerà il testamento scritto per esser deposto al tribunale ¹⁷⁾. Se il testamento avviene mediante dichiarazione verbale da inserirsi negli atti, si chiama testamento giudiziale in senso stretto, *testamentum apud acta magistratus conditum*; se invece avviene con la semplice consegna dello scritto che contiene l'ultima volontà è detto testamento consegnato al giudice, *testamentum iudici oblatum* ¹⁸⁾. Nel primo caso il contenuto dell'ultima volontà dichiarata verbalmente deve essere inserito in un formale protocollo e questo sottoscritto di propria mano dal testatore, suggellato col sigillo del tribunale e, dopo che vi sia stata scritta sopra la dichiarazione che ivi è contenuto il testamento di N. da lui fatto verbalmente il giorno . . . davanti al giudice e inserito a protocollo, deve essere custodito dal

¹⁶⁾ LAUTERBACH, *Dissertatio de testamento iudiciali*, Tubinga 1653, th. XI, *Collegium th. pr. Pand. h. t.* § 51. — SRYKIO, *Dissertatio de testamento principi vel iudici oblato* §§ 30, 31. *Cautelae testamentorum*, cap. 7 § 35. — GADENDAM, *Dissertatio de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito*, Kilias 1770, §§ 4, 5. — CLAPROTH, *Theor. pract. Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen* (Giurisprudenza pratica e teorica degli atti di volontaria giurisdizione) §§ 106, 110. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, II, § 1277. — HOEPFNER, *Commentar*, ecc. (Commentario alle Ist. di Eneccio) § 443 pag. 470. — PUCHTA, *Handbuch* (Manuale cit.), II § 243, pag. 266. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch*, ecc. (Trattato di diritto civile comune), II, libro V § 451. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto di successione) § 68. — ROSSHIRTH, *Grundlinien des R. R.* (Linee fondamentali del diritto romano) § 111.

¹⁷⁾ SRYKIO, *Cautelae test.*, cap. VII §§ 34, 35. — J. C. HARPPRECHT, *Disputatio de testamento iudiciali*, th. 6, nelle sue *Dissertationes academicae*, vol. I, disp. 36, pag. 1349 segg. — J. C. CONRAD, *Dissertatio de testamento publico, quod fidei apud acta* § 20. — CLAPROTH, loc. cit. — GÜNTHER, *Principia iuris romani privati novissimi*, II § 724. — WENING-INGENHEIM, loc. cit. — HARTITZSCH, loc. cit.

¹⁸⁾ THIBAUT, *Pandecte*, § 694.

giudice ¹⁹⁾. Se il testatore non sa scrivere egli deve fare sul protocollo un segno con la propria mano e in tal caso si aggiunge per maggior cautela un altro testimone, quando le leggi particolari non ne richiedano più di uno ²⁰⁾. Se invece il testamento è consegnato scritto deve essere inserita a protocollo soltanto la consegna e qui pure il protocollo sottoscritto dal testatore. Il testamento poi è contrassegnato col sigillo del giudice e firmato da questo e al testatore è rilasciata una dichiarazione dell'avvenuta consegna. Se il testatore non sa o non può scrivere e ha fatto scrivere il testamento da altri, questo gli deve essere letto e perciò, se fosse stato già suggellato, deve essere aperto di nuovo avanti a lui, ed egli deve apporvi un segno della propria mano davanti ad un testimone ²¹⁾.

3.° La pratica ammette infine che la consegna di un testamento pubblico si possa fare per mezzo di un mandatario, purchè questi sia munito di una procura certa e speciale ²²⁾. È però una questione molto dibattuta se tale pratica corrisponda ai principii puri del diritto. Coloro ²³⁾ che cercano di giustificare la pratica portano i se-

¹⁹⁾ LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand. h. t.* § 51. — CLAPROTH, loc. cit. § 111 specialmente PUCHTA, *Manuale cit.*, II § 244, pag. 267 segg.

²⁰⁾ PUCHTA, loc. cit., pag. 269.

²¹⁾ PUCHTA, *Manuale cit.* § 243.

²²⁾ Vedi MOSER, *Von der deutschen Justizverfassung* (Dell'ordinamento della giustizia in Germania) parte I, libro II, cap. 50 § 14. — BOEHMER, *Consilia et decisiones*, tomo II, resp. 643. — CANNGISSER, *Decisiones Hasso-Casselanae*, tomo I, decis. 21. — HERT, *Consilia*, vol. I, resp. 187. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* (Pensieri giuridici), vol. I, par. 134, vol. IV, par. 88. — BOEHMER, *Auserlesene Rechtsfälle* (Casi giuridici scelti), vol. III, parte 2.^a, num. 234, pagg. 542-545. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, spec. 344 med. 4. — SCHMIDT, *Hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien* (Dissertazioni postume su varie materie di diritto attinenti alla pratica), vol. II, n. 65, pag. 220 segg. — MEISTER, *Practische Bemerkungen aus dem Civil und Criminalrecht* (Osservazioni pratiche di diritto civile e criminale), vol. I, oss. 11, pag. 81 seg. — WESTPHAL, *Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts* (Pareri e decisioni del diritto civile), h. t. § 11. — GEIGER e GLÜCK, *Rechtsfälle* (Casi giuridici), vol. I, n. 3, pag. 43 segg.

²³⁾ STRYKIO, *Diss. de testamento principi vel iudici oblato* § 17. — KRAUS, *Diss. de testamentis controversis, praesertim publicis*, Vitemberga 1730 § 23, 24. — RIVINO, *Diss. de testamento per procuratorem iudici oblato*, Lipsia 1735 § 9 seg. — HOFFMANN, *Observationes quaedam testamentariae*, obs. III. — GADENDAM, *Dissertatio de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito*,

guenti argomenti. Dicono in primo luogo che non esiste alcuna disposizione espressa di legge la quale prescriva che il testamento scritto debba essere consegnato al giudice dal testatore in persona. Pel testamento orale era inutile parlarne: qui la natura stessa del testamento richiedeva la presenza del testatore. Pel testamento scritto è invece supposto nelle leggi che il testatore lo scriva da sè o almeno lo sottoscriva di propria mano e lo suggelli. La comparizione del testatore in persona davanti al giudice per la validità della consegna sarebbe dunque una mera solennità. Ora nei testamenti pubblici le solennità sono tutte superflue; la semplice verità della disposizione e l'autorità che a questa viene data dall'inserzione negli atti pubblici sono sufficienti per la validità del testamento. Si osserva pure che nella L. 19 Cod. *de testamentis* i testamenti presentati al principe sono messi in una stessa classe accanto ai testamenti giudiziali. Dunque, si dice, è lecita la deduzione analogica dagli uni agli altri. Ora nei testamenti presentati al principe la consegna può certamente avvenire anche per mezzo di un procuratore ²⁴⁾, richiedendo la L. 19 cit. soltanto *ut testamentum per supplicationem intrometur*. Essa legge non esige che le *oblatae preces quibus insertum est testamentum*; ora la *oblatio precum* non richiede solennità di sorta ²⁵⁾, neppure anzi si domanda per parte di chi sia fatta ²⁶⁾. Parimente nella novella di VALENTINIANO, *de testamentis*, la sostanza di un testamento *principi oblato* si fa consistere solo in ciò, *quod sufficiat in augustam notitiam pervenisse*, ma in nessuna delle due costituzioni è detto che debba essere portato a cognizione dell'imperatore per mezzo del testatore stesso. Inoltre se questo avesse dovuto farsi perchè sa-

Killae 1770. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, II, § 1274. — ZOLLER, *Observationes practicae*, Lipsiae 1750, obs. II. — MADIHN, *Diatriba de validitate testamento non rite oblato* § 20. — ENDE, *Vermischte iuristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche varie), vol. I, Celle 1802, n. XV § 11 seg. pag. 136 seg. — THIBAUT, *Pandecte*, II § 694. — SCHWEPPE, *Römisches Privatrecht* (Diritto privato romano) § 822 della 3.^a edizione.

²⁴⁾ STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VIII, § 13 seg. — WALCH, *Dissertatio de testamento principi oblato*, cap. II § 4, *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II, cap. IV membr. 3 § 2.

²⁵⁾ Vedi l'intero titolo del Codice *de precibus imp. off.*, 1, 19.

²⁶⁾ L. 6 Cod. *ead.*

rebbe stato necessario provare per mezzo di testimoni *oblatus esse preces secundum voluntatem defuncti*? Questa prova suppone che la consegna sia avvenuta per mezzo di un procuratore, perchè se il testatore avesse egli stesso consegnato all'imperatore la supplica contenente la sua ultima volontà, come avrebbe potuto poi nascere il dubbio se la consegna fosse stata conforme alla volontà del testatore e addossarsene la prova all'erede? La stessa conclusione si deve secondo gli autori citati accettare anche pei testamenti giudiziali, perchè le leggi nulla dispongono sul modo come questi debbano presentarsi al giudice, nè tolgono quindi al testatore la libertà di farlo presentare anche da un mandatario speciale. A tutti questi argomenti deve aggiungersi che anche altri atti privati della massima importanza giudiziali o stragiudiziali, si possono compiere per mezzo di rappresentanti con la medesima validità che se fossero compiuti in persona propria, ove le leggi non ordinino appunto di compierli in persona propria. Tale ordine eccezionale non danno le leggi per i testamenti giudiziali; il contrario anzi è insegnato da una costituzione degli imperatori VALEBIANO e GALLIENO, la L. 2 Cod. *quemad. test. ap.* 6, 32, nella quale si fa il caso che il padre abbia dato al figlio il suo testamento 'perchè lo faccia insinuare davanti al giudice:

« Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datos ut in patriam perferantur affirmans potes illuc perferre ut secundum leges moresque locorum insinuentur, ita scilicet ut testibus non presentibus adire prius vel pro tribunali, vel per libellum rectorem provinciae procures ac, permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur et ab his rursus obsignentur ».

Infine si osserva che il pericolo di una frode nella consegna di un testamento per parte del procuratore non è argomento privo di risposta perchè nel dubbio non deve presumersi la frode, ma questa deve essere provata con argomenti sicuri da chi voglia impugnare un negozio giuridico come viziato da essa ²⁷⁾. Il testamento presentato al giudice da un procuratore deve dunque ritenersi fino a prova contraria genuino e valido. Del resto i pericoli di frode sono evitati

²⁷⁾ L. 6 Cod. *de dolo malo*.

quando il procuratore sia un uomo notoriamente onesto e sia munito di procura speciale autenticata pubblicamente o almeno sottoscritta da due testimoni ineccezionabili. Sopra tutto poi il fatto che il testamento si presenti al tribunale, cioè ad un ente istituito per la tutela della legalità, garantisce che tutto si faccia con le maggiori cautele e che di fronte al minimo sospetto la frode sia evitata mediante le necessarie indagini.

Non ostante tutti questi argomenti i più degli scrittori²⁸⁾ contestano la validità di un testamento presentato al giudice per mezzo di un procuratore opponendo il principio generale che i testamenti non ammettono la rappresentanza neppure se la procura sia autenticata giudizialmente o sottoscritta da due testimoni. Per conseguenza essi ritengono che la legalizzazione di un testamento giudiziario, cioè la consegna di esso al giudice, non possa farsi se non alla presenza del testatore. Questa opinione si fonda sui seguenti argomenti:

²⁸⁾ PISTORIS, *Quaest. iuris*, lib. III q. 28 num. 9 seg., pag. 1138 segg. — EYBEN, *Scripta*, pag. 383 num. 23 seg. — CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, Pars III const. 3 def. 23. — HARPPRECHT, *Dissertatio de testamento iudiciali*, § 11 (*Dissertationes academicae*, vol. I pag. 1359). — LAUTERBACH, *Diss. de testamento iudiciali* § 14. — CRAMER, *Observationes iuris universi*, tomo I obs. 17. WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tomo I, parte 4.^a obs. 64. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II tit. 4 th. 2, num. 2, tomo I, pag. 358 ediz. Haubold. — PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, tomo IV obs. 197, *Animadversiones iuris*, num. 81 pag. 137 seg. — HEUMANN, *de testatore per alios voluntatem suam apud acti declarante* § 5 nelle *Exercitationes iuris universi*, vol. I, spec. 5. — SPIES, *Dissertatio de testamento per procuratorem non offerendo*, Altorf 1742. — CLAPROTH, *Theoretische practische Rechtswissenschaft von freivilligen Gerichtshandlungen* (Giurisprudenza teorica pratica degli atti di volontaria giurisdizione), § 108 pag. 186 seg. della 5.^a edizione, Gottinga 1789. — KIND, *Quaestiones forenses*, T. II, cap. 40. — HÜBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. I cap. 3, pagg. 48-57. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sect. II, cap. 4, membr. 3 § 4. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, vol. III § 480 in fine. — HUGO, *Lehrbuch der Pandekten* (Trattato delle Pandette), § 108. — WEBER, *Erläuterungen der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette), II § 1409. — MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principi di diritto privato comune tedesco), § 409, pag. 746 della 5.^a ediz., Landshut 1827. — W. E. PUCHTA, *Handbuch*, ecc. (Manuale della procedura giudiziaria nelle materie civili non contenziose), II § 242, pag. 205 seg. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III § 961, pag. 219.

1.° Nella consegna del testamento scritto al giudice consiste l'atto stesso di testare: essa è ciò che dà forza legale al testamento giudiziale come nel testamento scritto privato la presentazione ai testimoni. Come dunque nella confezione di un testamento privato solenne davanti a sette testimoni non è ammesso che il testatore sia rappresentato da un procuratore, dovendo non solo i testimoni vedere e sentire il testatore a fine di constatarne l'identità ²⁹⁾, ma occorrendo pure per prescrizione espressa di legge ³⁰⁾ che il testatore dichiari in presenza dei testimoni che il testamento loro presentato affinché lo sottoscrivano e lo suggellino è il suo, e i testimoni poi sottoscrivano e suggellino il testamento in presenza del testatore stesso, così anche nel testamento giudiziale non può il testatore farsi rappresentare da un procuratore, ma deve egli stesso in persona consegnare il testamento al giudice. La presenza del giudice e del magistrato fa nel testamento pubblico giudiziale la stessa funzione che quella dei testimoni nel testamento privato solenne; ciò è provato dalla L. 19, Cod. *de testamentis* dove il testamento pubblico è parificato al testamento privato; il testamento pubblico cammina dunque di pari passo col testamento privato e per conseguenza quello che per evitare che loro sia presentato un testamento falso devono fare in quest'ultimo i testimoni ³¹⁾, deve nel primo fare il giudice che appunto fa le veci di questi.

2.° L'opinione che un testamento possa essere presentato al giudice per mezzo di procuratore contraddice anche al concetto del testamento consistente, secondo MODESTINO ³²⁾, in *voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Ora poichè sarebbe il procuratore che farebbe la parte di testatore un tale testamento sarebbe una *contestatio voluntatis alienae*, non *propriae*.

²⁹⁾ L. 9 Cod. *de testamentis*, 6, 23.

³⁰⁾ L. 21 Cod. *eodem*. Decreto imperiale di Colonia del 1512, titolo: *dei testamenti*, § 7.

³¹⁾ Quanto siano facili le falsificazioni nei testamenti privati solenni è dimostrato da un notevolissimo caso criminale pubblicato nel *Neues Archiv des Criminalrechts* (Nuovo Archivio di diritto criminale), edito da KLEINSCHROD, KONOPAK e MITTERMAIER, vol. 1 num. 2, pagg. 36-66.

³²⁾ L. 1 Dig. h. t.

3.° Se un testamento scritto potesse consegnarsi al giudice per mezzo di un procuratore non vi sarebbe alcuna ragione perchè non si potesse fare per mezzo di rappresentante davanti al giudice anche un testamento orale; ma nessuno ha osato sostenere ciò.

4.° Se un testamento si faccia per mezzo di rappresentante la validità di essa e la volontà del testatore non riposano più nella fede pubblica o giudiziale, come è richiesto nel testamento giudiziale, ma solo nella fede privata; tale testamento dunque non si potrebbe considerare mai un testamento pubblico.

5.° L'argomento che si trae dall'analogia di altri negozi giuridici di pari importanza urta contro l'osservazione che leggi che dettano regole così straordinarie per l'autenticità del testamento si metterebbero poi in contraddizione con sè stesse ammettendo la rappresentanza. Per quanto altri negozi giuridici nei quali la rappresentanza è ammessa possano essere altrettanto importanti e forse anche per il loro oggetto più importanti di un testamento, la questione non è qui d'importanza, ma egli è piuttosto che in ogni altro negozio è più facile per la natura delle cose di scoprire il dolo o l'errore, e di evitarne quindi le conseguenze, di quello che non sia nel testamento dove l'unico testimone sicuro della verità, il testatore, è sceso nella tomba; e in secondo luogo in nessun altro negozio importano tanto le qualità personali del subietto e il modo della confezione del negozio stesso quanto nel testamento. Come potrà il giudice persuadersi della capacità del testatore e della sua libertà se non si presenta personalmente a lui, ma gli manda un rappresentante?

6.° Non vi sono leggi favorevoli all'opinione che noi combattiamo: quell'opinione anzi contrasta evidentemente alle leggi e le leggi che si citano a suo favore sono intese erroneamente. Ce ne persuaderemo subito.

Si cita in primo luogo la L. 2 Cod. *quem. test. ap.* 6, 32, ma la rubrica stessa del titolo sotto il quale questa legge è posta avrebbe dovuto facilmente persuadere che qui non si poteva parlare di confezione di un testamento. Il *testamentum iudici oblatum* quale è nella pratica odierna era ignoto ai Romani e del *postremum iudicium aotis iudicis aut municipum publicatum* in uso presso di loro tratta solo la L. 19 Cod. *de testamentis*. Quella prima legge tratta soltanto dell'aper-

tura di un testamento privato solenne che un padre aveva consegnato al proprio figlio perchè lo facesse aprire dopo la sua morte davanti al magistrato della sua città natale, secondo le disposizioni della *lex Julia vicesimaria* ³³). Quale necessità d'altronde vi sarebbe stata di un rescritto imperiale se qui si fosse trattato di un testamento giudiziale fatto in forma solenne?

Si citano anche in particolare le seguenti parole della L. 19 Cod. *de testamentis*, le quali non si spiegherebbero senza ammettere la consegna del testamento per parte di un procuratore:

« Nec institutus heres pertimescat cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit adprobare ».

Ma qui evidentemente si prende equivoco, perchè gli *idonei testes* non sono testimoni estranei richiesti, come si è voluto immaginare, per la prova della consegna; essi sono, come ha dimostrato per primo con molta esattezza il poco noto PISTOREIS ³⁴), le *nobiles probataeque personae* che si trovavano insieme col principe al momento della consegna del testamento. La necessità di ammettere questo significato del testo risulta dall'insieme di esso; perocchè in tutta quanta la legge non si parla di altri testimoni oltre i consiglieri del principe, presenti alla consegna del testamento, eppure di quei testimoni avrebbe dovuto farsi cenno se la consegna si fosse fatta da altri in nome del testatore. Ancor più chiara appare la vera interpretazione del testo dalle parole che precedono immediatamente. L'imperatore dice che colui che ha nominato un erede davanti a lui *oblatis precibus* può esser sicuro che la sua ultima volontà avrà dopo la sua morte pieno valore e sarà osservata, e, quanto all'erede istituito, questi pure nulla deve temere perchè per effetto della consegna del testamento fatta al principe egli ha a suo favore testimoni così idonei. Con queste parole il legislatore vuole indicare che l'erede può essere pienamente sicuro e non ha bisogno di cercare altre prove avendo a suo favore tanti testimoni i quali erano a lato del principe quando

³³) Vedi il § 1408. SPANGENBERG, nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 160.

³⁴) *Quaestiones iuris*. lib. III q. 28 num. 25, pag. 1142.

il testamento fu consegnato, di guisa che egli viene a succedere al defunto *nobis mediis et toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste*. Certamente l'erede non avrebbe potuto essere tanto sicuro per il lato della prova se la consegna del testamento non fosse stata fatta dal testatore, ma da altri in nome di lui. In tal caso l'erede avrebbe dovuto procurarsi con fatica la prova che la consegna fosse stata fatta dal procuratore secondo il mandato ricevute dal testatore; ora ciò è contrario all'intenzione dell'imperatore. Deve inoltre osservarsi per ciò che riguarda le parole citate che il legislatore non dice *heres nihil pertimescat si probare poterit*, ecc., ma invece dà subito la ragione per la quale l'erede non deve temere, dicendo *cum possit probare* e con ciò indica che la volontà del testatore è sufficientemente provata per il fatto che la supplica in cui essa è contenuta sia stata consegnata al principe e quindi, essendo ciò documentato dall'archivio del principe stesso, non occorre altra prova. Da tutto ciò risulta chiaro che anche nel testamento davanti al principe la consegna non può farsi da altri che dal testatore, perchè altrimenti l'imperatore e quelli che lo circondano al momento della consegna non avrebbero una prova sufficiente della verità e della certezza dell'ultima volontà del testatore e per conseguenza non ne sarebbero testimoni idonei.

Non è dunque difficile concludere che gli argomenti per l'opinione negativa sono prevalenti su quelli per l'opinione affermativa³⁵⁾. Il giudice che riceve un testamento per mezzo di un procuratore non solo dunque agisce illegalmente, ma anche opera contro il suo dovere di evitare processi, essendo temibile che di un testamento siffatto sia impugnata la validità e così il giudice si trovi ad aver dato occasione egli medesimo ad un processo.

³⁵⁾ Quest'opinione trova conferma in parecchi diritti particolari di Stati o città. Confr. il *Diritto territoriale bavarese*, parte III cap. 4 § 2; il *Diritto territoriale prussiano*, parte I tit. 12 § 66 seg.; il *Codice civile per gli Stati tedeschi della Monarchia Austriaca*, parte II, sez. 9.^a § 587; l'*Ordinanza giudiziaria di Francoforte*, parte III tit. 40 § 7; la *Riforma di Norimberga* del 1564, tit. 29, 1.

§ 1410

Particolarità del testamento giudiziale.

I testamenti giudiziali, tanto per ciò che riguarda la loro confezione quanto per ciò che riguarda la loro recezione, appartengono agli atti di volontaria giurisdizione ³⁶⁾. Per conseguenza essi possono, secondo la natura di tali atti, essere ricevuti da qualunque giudice abbia giurisdizione civile, nulla importando per la competenza del giudice che il testatore gli sia soggetto anche per la sua persona ³⁷⁾. Ciò sembra risultare anche dalle parole della L. 19 Cod. *de testamentis*, « *actis cuiuscunque iudicis... mentis suae postremum iudicium* ». Soltanto occorre che il giudice abbia la giurisdizione a ciò richiesta e quindi la sua giurisdizione non sia limitata ad una sola categoria di materie ³⁸⁾. Così per esempio un giudice criminale ³⁹⁾, o un giudice di villaggio coi suoi scabini ⁴⁰⁾ non sono autorizzati a ricevere testamenti, quest'ultimo perchè non ha vera giurisdizione ⁴¹⁾, e per conseguenza un testamento ricevuto da lui non può considerarsi un testamento giudiziale se egli non abbia ricevuto speciale ed espressa autorizzazione nella sua delegazione d'ufficio a ricevere i testamenti

³⁶⁾ Vedi il § 194 di questo *Commentario*.

³⁷⁾ M. E. GRIEBNER, *Programma de testamento iudici incompetenti oblato*, Lipsiae 1732. — PUFENDORF, *de iurisdictione germanica*, Pars I cap. 4 § 57, Pars II sect. 4 cap. un. § 14. — PUCHTA, *Handbuch*, ecc. (Procedimento giudiziario nelle materie civili non contenziose), II § 243.

³⁸⁾ STRECKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VII §§ 24, 25. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, tomo II § 1276.

³⁹⁾ SCHMIDT, *Öffentliche Rechtsprüche* (Responsi pubblici), num. 9, pp. 70-74. — Di opinione diversa sono il CARPZOVIO, pars III, const. III, def. 13 n. 5 e QUISTORP, *Beiträge* (Contributi), num. 42, pag. 606.

⁴⁰⁾ CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, pars III const. 3 def. 21. — BERLICH, *Decisiones aur.*, pars I, dec. 93. — WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tomo II parte X obs. 310. — BROCKES, *Selectae observationes forenses*, obs. 59. — KRAUS, *Dissertatio de testamentis controversis, potissimum publicis*, § 16. — KIND, *Quaestiones forenses*, tom. I cap. 110.

⁴¹⁾ PUFENDORF, *de iurisd. germ.*, p. III, sez. 4, cap. un. § 31.

degli abitanti del villaggio⁴²⁾ o se il capo della giustizia non lo abbia a ciò espressamente delegato⁴³⁾.

Poichè la recezione di un testamento giudiziale non richiede nè una *causae cognitio* nè un decreto, essa può avvenire anche di domenica o di giorno festivo, non comportando tali atti dei ritardi⁴⁴⁾.

Non è necessario che il testamento sia consegnato al giudice nella sede stessa del tribunale, ciò può farsi anche fuori di questa sede nella sua casa privata⁴⁵⁾. È anche fuor di dubbio che il giudice stesso può fare testamento davanti a sè medesimo e depositarlo nel proprio tribunale⁴⁶⁾. Ma deve essere il testamento proprio di lui solo perchè a questo solo egli può dare validità mediante il proprio intervento come giudice. La cosa sarebbe invece dubbia nel caso di testamento reciproco perchè in tal caso egli dovrebbe attestare la esattezza della disposizione reciproca anche a proprio vantaggio⁴⁷⁾.

È discusso fra gli scrittori se il testamento possa esser fatto da un giudice incompetente, fuori del territorio dello Stato. Il REIN-

⁴²⁾ Vedi KLEIN, *Merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät* (Pareri notevoli della Facoltà giuridica di Halle), vol. IV, num. 2 pagina 26 seg.

⁴³⁾ BAUER, *Dissertatio de notione testamenti iudicialis, imprimis eius quod ruri coram sculieto et scabinis conditum est*, Lipsiae 1766. — HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum forensium*, vol. I obs. 167. — MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 87. — HAUBOLD, *ad Bergeri Oeconomiam iuris*, tomo I, lib. 2.^a tit. IV, th. 2, nota I, pag. 363.

⁴⁴⁾ STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VII § 33.

⁴⁵⁾ LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V spec. 356, med. 1.^a. — WERNHER, *Lectissimae commentationes in Pandectas*, P. II h. t. §§ 15, 16. — SCHORCH, *Neue Sammlung auserlesenen Gutachten*, ecc. (Nuova raccolta di pareri e decisioni scelte della Facoltà giuridica di Erfurt), Erfurt 1798, N. XIV, n. 54, pag. 92. — TRÜTZSCHLER, *Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aussätze*, ecc. (Istruzioni per la preparazione cauta e formale di scritture giuridiche, in particolare degli atti di volontaria giurisdizione), parte II, Divis. 6, sez. 3.^a § 4. — HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum forensium*, vol. I, obs. 167, n. 3. — CLAPROTH, *Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen* (Giurisprudenza degli atti di volontaria giurisdizione), § 107, pagina 181.

⁴⁶⁾ LAUTERBACH, *Dissertatio de testamento iudiciali*, th. 20. — STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VII § 27. — BOEHMER, *Introductio in ius Dig.*, h. t. § 15. — CLAPROTH, loc. cit. Vedi il § 194 di questo Commentario.

⁴⁷⁾ CLAPROTH, loc. cit. pag. 181 seg.

HARTH ⁴⁸⁾ nega la validità di un tale testamento giudiziario opponendovisi la inviolabilità del territorio, che in nessun modo può essere violato dai sudditi, mentre poi nessuna buona ragione potrebbe scusare questo sconfinamento dai limiti dello Stato nel caso del testamento.

Poichè se anche il testatore volesse tener segreto il suo testamento ai proprii parenti egli sarebbe sempre libero di deporlo presso un altro giudice, nello Stato del proprio principe però. Ma altri scrittori ⁴⁹⁾ giustamente ritengono indifferente che il testamento sia deposto presso un giudice dello Stato, nel quale il testatore ha il suo domicilio, o presso un giudice di uno Stato straniero. La sovranità territoriale non ne viene, secondo essi, violata in alcun modo, perchè il giudice nel testamento giudiziario fa la parte dei testimoni e questi possono essere tanto cittadini quanto stranieri. Tuttavia questi stessi scrittori ritengono più prudente di non andare da un giudice di un paese diverso da quello in cui abita il testatore.

Più discussa è la questione se il giudice possa ricevere un testamento anche fuori del suo distretto giudiziario. Io ho trattato in un altro luogo ⁵⁰⁾ la questione più generale se un giudice possa fare gli atti della semplice giurisdizione volontaria in ogni luogo dove ne sia richiesto, quindi anche fuori del distretto della sua giurisdizione e magari in un paese straniero ed ho risolto la questione in senso negativo. Questa questione si presenta ed ha speciale importanza pel caso del ricevimento di un testamento giudiziario. Fedele ai miei principii io non posso risolverla qui altrimenti che in senso negativo e questa opinione è stata dopo di me dimostrata pure ampiamente dal MADIEN ⁵¹⁾. La volontaria giurisdizione attuale non è

⁴⁸⁾ *Selectae observationes ad Christianaei decisiones* vol. IV, obs. 15 pag. 8.

⁴⁹⁾ LAUTERBACH, *Diss. de testamento iudiciali*, tit. 19. — PUFENDORF, *de iurisdictione germ.*, pars I, cap. IV §§ 71-74. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, tomo II, § 1276. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), vol. III § 961.

⁵⁰⁾ Vedi il § 194 di questo Commentario.

⁵¹⁾ *Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit* (Miscellanea da varie parti della giurisprudenza), I, n. 22 pagg. 113-116. — Fra i moderni sono di questa opinione anche il PUCHTA nel citato *Handbuch*, ecc. (Manuale), II § 243, p. 266 e il VALETT, *Lehrbuch des pract. Pandektenrechts* (Trattato pratico delle Pandette), vol. III, § 961 pag. 218.

infatti la stessa cosa della *legis actio* romana, benchè questa pure sia una volta chiamata *iuris dictio voluntaria* ⁵²⁾, e perciò non può, come altrove ho dimostrato ⁵³⁾, essere regolata colle leggi che trattano della *legis actio*. Essa non può quindi esercitarsi oltre i limiti del distretto giudiziario, come non lo può la giurisdizione contenziosa; la regola opposta inseguita da molti è dunque evidentemente inesatta. Anche nello stesso diritto romano è stabilito in un modo molto preciso che un magistrato non possa esercitare la giurisdizione fuori del suo distretto, neppure con la *legis actio* ⁵⁴⁾. Vi era bensì un'eccezione per il proconsole, il quale poteva esercitare la *legis actio* anche prima di essere arrivato nella sua provincia ⁵⁵⁾; ma questa eccezione aveva il suo fondamento su circostanze speciali ⁵⁶⁾, e non poteva estendersi agli altri magistrati romani, tanto meno poi si potrebbe applicare oggi ai nostri giudici. Al di fuori della *legis actio* del resto valeva anche pel proconsole la regola che egli potesse esercitare la sua potestà giudiziaria soltanto, dice ULPIANO ⁵⁷⁾, *in ea provincia quae ei deorata est*. Ogni giudice è competente solo nel suo territorio, ha potere giudiziario soltanto nel suo distretto, fuori dei limiti di questo non vale più di un privato. Come dunque un giudice non può in un territorio a lui straniero sentire testimoni nè fare altri atti di giurisdizione, così non gli è concesso di ricevere testamenti fuori del distretto della sua giurisdizione. Gli atti di volontaria giurisdizione non richiedono, è vero, la competenza del giudice, ma ciò solo nel riguardo del testatore. Questi può testare davanti al giudice che vuole, anche in un paese straniero, ma il giudice deve essere nel territorio in cui è competente. Questi diversi aspetti della competenza giudiziaria sono stati evidentemente scambiati ⁵⁸⁾.

⁵²⁾ L. 2 Dig. *de off. proc.*, 1, 16.

⁵³⁾ Confronta DEXTERLEY, *Versuche aus dem Gebiete*, ecc. (Saggi sul terreno della così detta giurisdizione volontaria), Hannover 1830, num. 1 § 9 seg., pag. 89 seg., n. 2 pag. 91 seg., e specialmente n. 3 pag. 105 seg.

⁵⁴⁾ L. 3 Dig. *de off. praesidis*, 1, 18. L. 1 § 4 Dig. *de officio praef. urbi*, 1, 12. Vedi DEXTERLEY, pag. 168 segg.

⁵⁵⁾ L. 2 Dig. *de off. proc.*, 1, 16.

⁵⁶⁾ DEXTERLEY, pag. 169.

⁵⁷⁾ L. 1 Dig. *de off. procons.*, 1, 16.

⁵⁸⁾ Su tutti i principii richiamati in questo paragrafo è da consultare la più

L'opinione di alcuni antichi scrittori⁵⁹), i quali hanno dubitato invece anche della validità di un testamento ricevuto dal giudice fuori della ordinaria sede della giustizia in casa del testatore, si potrebbe giustificare, secondo il diritto del medioevo, non ancora sostituito in Germania dal diritto romano, pel quale il testamento poteva esser fatto soltanto davanti al tribunale da persona completamente sana di corpo (*ungehabt und ungestabt*)⁶⁰). Ma dopo che fu concesso di testare giudiziariamente anche ai malati che non potessero comparire in persona davanti al tribunale, la pratica ammise che i testamenti potessero esser ricevuti anche fuori della sede del tribunale e nella casa del testatore da una deputazione del giudice, facendosi valere il principio *ubi iudex ibi iudicium*. Quell'opinione riposava dunque su questa base evidentemente erronea, che cioè gli atti giudiziari non possano farsi che nella sede ordinaria del tribunale, ma essa è stata ormai generalmente respinta⁶¹) e non merita più considerazione, essendosi la pratica odierna pronunziata per la validità di un testamento giudiziale nella casa del testatore.

Ciò non dovrebbe concedersi, a dir vero, se non nel caso di grave età o malattia del testatore, o quando il grado della persona meritasse una eccezione alla regola⁶²); in pratica però non si guarda

volte citata Dissertazione di C. Beniamino UBERO, *de validitate testamenti non rite oblati*, praes. G. S. MADIHN def., § 19.

⁵⁹) VULTRIO, *Consilia Marburgensia*, nn. 34, 55. GILKEN, *Ad L. 19 Cod. de testamentis*.

⁶⁰) Confr. la dottissima dissertazione di A. KOPP, *de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis*, vulgo *ungehabt und ungestabt*, Francof. ad Moenum 1736, §§ 10-13. — SENCKENBERG, *Disquisitio de testamenti publici origine et solemnitate*, cap. III § 10 seg. — BALSER, *Libellum singulare de forma testamenti iudicialis externa*, Giessae 1745, cap. III, § 74.

⁶¹) BERLIOH, *Conclusiones practicae*, pars III, concl. IV numeri 10-13. — CARPZOVIO, *Decisiones illustr.*, P. II, dec. 148. — MENCKEN, *Dissertatio de testamento iudiciali extra locum iudicii condito*, Vitembergae 1716. — KRAUS, *Dissertatio de testamentis controversis*, § 27. — SCHORCH, *Neue Sammlung aus-erlesenen Gutachten und Urtheilsprüche der Erfurt. Juristen-Facultät* (Nuova raccolta di pareri e decisioni scelte della Facoltà giuridica di Erfurt), n. 14, q. 7, pag. 91.

⁶²) MADIHN, *Principia iuris Romani de successionibus*, § 85.

tanto pel sottile ⁶³). La recezione di un testamento nella casa del testatore richiede però una speciale deputazione, la quale deve essere domandata dal testatore; tale domanda poi si può fare in iscritto e si può fare anche per mezzo di procuratore mediante inserzione negli atti, poichè essa non è il testamento stesso e perciò neppure la mancanza di un vero mandato nuoce, purchè il testatore ratifichi in presenza della deputazione la domanda ⁶⁴). La domanda deve però essere inserita negli atti e a questa deve seguire il decreto con cui sono nominati i membri della deputazione coll'incarico di recarsi dal testatore e di riceverne in sua casa il testamento ⁶⁵).

§ 1411.

Forma del testamento giudiziale.

Il testamento giudiziale può dunque farsi o nella sede ordinaria della giustizia davanti al tribunale adunato o, ciò che accade di solito, davanti a una deputazione del tribunale e può esser fatto oralmente colla inserzione negli atti o scritto, sia aperto, sia suggellato, mediante consegna perchè sia ricevuto e custodito, e può anche essere ricevuto infine fuori della sede ordinaria del tribunale nella casa del giudice o del testatore ⁶⁶).

Le leggi particolari dei singoli Stati hanno poi determinato come propriamente si debba ricevere il testamento e da quali magistrati ⁶⁷). Per quei paesi poi dove la legge non abbia prescritto una forma

⁶³) CLAPROTH, *Theoretisch-practische Rechtswissenschaft*, ecc. (Giurisprudenza teorica pratica degli atti di volontaria giurisdizione), § 112.

⁶⁴) PUCHTA, *Manuale* cit., II § 245, pag. 271.

⁶⁵) CLAPROTH, loc. cit. pag. 195.

⁶⁶) Vedi TRÜTZSCHER, *Anweisung*, ecc. (Istruzioni cit.), II, VI, 3, §§ 3-5. — WERNHER, *Lectissimae Commentationes in Pandectas*, h. t. § 16. — PUCHTA, *Manuale*, II § 243.

⁶⁷) Se ne hanno esempi in HEUMANN, *de iure testamenti apud acta conditi nelle Exercitationes iuris*, vol. I, ex. 2. — KOPP, *Specimen de testamentis Germanorum iudicialibus*, § 12. — SENCKENBERG, *Dissertatio de test. publicis*, cap. 1. LUDOVICI, *Dissertatio de actuarii praesentia in actu testandi*, Maguntiae 1784, cap. II §§ 1, 2.

speciale, questa si determina parte dalla costituzione interna di ogni tribunale, parte secondo le leggi generali della recezione degli atti giudiziari, parte secondo gli usi giudiziari.

In primo luogo dunque serve di regola la costituzione del tribunale ⁶⁸; questo può consistere in una sola persona o può formare un collegio. Nel primo caso, quando il tribunale consiste di una persona sola, la quale è insieme giudice e attuario, il testamento come ogni altro atto giudiziario è ricevuto validamente da tale giudice ⁶⁹. Chi potrebbe infatti togliere la pubblica fede ad un tale testamento, mentre per la validità di un testamento giudiziale non si richiede altro che la sua inserzione negli atti giudiziari? Il HELLFELD e parecchi altri scrittori ⁷⁰) richiedono in questo caso l'intervento di uno o due testimoni degni di fede, perchè ciò è prescritto dal diritto canonico ⁷¹) il quale dispone espressamente che *si super testamentis questio agitetur*, la parola di un solo giudice, qualunque sia la sua dignità, non debba esser creduta ⁷²). Ma se tale intervento di testimoni non è prescritto espressamente al giudice nelle sue istruzioni e se

⁶⁸ Si confrontino specialmente BALSER *Lib. cit. de forma testamenti iudicialis externa* §§ 79-81 e I. C. WIESE, *Programma quo testamentum coram satrapa et satrapiae scriba conditum iure statutorio maguntino validum esse demonstratur*, Maguntiae 1784, cap. II § 6, 2.

⁶⁹) WIESE, *Progr. cit.*, cap. II, § 3. — MUELLER, *Ad Struvium*, II, exerc. 32, th. 9, nota π, pag. 645. — SCHAUMBURG, *Comp. iuris Dig. h. t.* § 13 in fine. — BOEHMER, *Novum ius controversum*, II, obs. 64, pag. 423 seg. — BALSER, *lib. cit.*, § 80. — FRATRES BECMANN, *Consilia et decisiones*, I, cons. 37, n. 14, pag. 426. — UBER (praes. S. MADIHN), *Diatriba de validitate testamenti non rite oblati*, § 18 pag. 63. — L. G. MADIHN, *Principia iuris romani de successioneibus*, § 86; e in specie SCHORCH, *Neue Sammlung auserlesene Gutachten*, ecc. (Nuova raccolta di pareri, ecc.), Erfurt 1798, n. 19 pagg. 124-28. — WESTPHAL, *Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts* (Pareri e sentenze di diritto civile), vol. I, h. t. § 8 e vol. II n. 42 pag. 6. — HAGEMANN, *Practische Erörterungen* (Dissertazioni pratiche), vol. VII diss. 28, pag. 69.

⁷⁰) G. LUD. SCHMIDT, *Öffentliche Rechtsprüche* (Responsi pubblici), parte I, n. 7 §§ 5, 6. — SCHIERSCHMID, *Dissertatio de testamento coram solo iudice non conficiendo*, Erlangae 1764, § 13. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto delle successioni). — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 961, pag. 219.

⁷¹) Cap. 11 X, *de probat.*

⁷²) Cap. 28 X, *de testibus*.

non vi sono addetti al tribunale, l'unica persona nella quale si congiungono gli uffici di giudice e di attuario costituisce tutto il tribunale, e tutti i suoi atti giudiziari, compresi i testamenti, godono della pubblica fede ⁷³). A questa parte della organizzazione della giustizia tedesca non trovano applicazione i principii del diritto canonico, già da lungo tempo del resto abbandonati dalla pratica specialmente per ciò che riguarda i testamenti giudiziali ⁷⁴). A questi si applica piuttosto il principio più ragionevole del diritto romano ⁷⁵): *superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant* ⁷⁶).

Se invece il tribunale consta di due persone, il giudice e l'attuario, il giudice solo col suo cancelliere può ricevere validamente testamenti senza necessità di altri testimoni ⁷⁷), perchè il tribunale consta di quelle due sole persone e su loro riposa la fede giudiziaria ⁷⁸). Il giudice può delegare il suo ufficio all'attuario ⁷⁹) e in tal caso il testamento ricevuto dall'attuario solo come delegato del giudice si deve considerare un valido testamento giudiziale ⁸⁰). È invece dubbio se il giudice da solo possa ricevere validamente un testamento senza l'intervento dell'attuario. HELLFELD distingue fra il testamento consegnato scritto al giudice e il testamento fatto oralmente davanti a questo e ritiene nel primo caso bastare la semplice presenza del solo giudice, nel secondo invece non potersi ricevere il testamento

⁷³) BALSER, *De forma testamenti iudicialis exteriori*, § 84 e specialmente LAUTERBACH, *Dissertatio de testamento iudiciali*, th. 15, 16.

⁷⁴) LUDOVICI, *Dissertatio de actuarii praesentia in actu testandi*, § 35. — WESTPHAL, *Rechtsgutachten* (Pareri giuridici), vol. II, n. 42 pag. 5 n. 4. — SCHORCH, *Neue Sammlung auserlesenen*, ecc. (Nuova raccolta di pareri e decisioni scelte della Facoltà giuridica di Erfurt), n. 19, pag. 127 n. 12.

⁷⁵) L. 31 Cod. de donat., 8, 54.

⁷⁶) CONRADI, *Diss. de testamento publico quod fit apud acta*, § 16. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* (Pensieri giuridici), II, 51, pag. 172.

⁷⁷) PURENDORF, *de iurisdictione germ.*, pars I, cap. IV, § 71.

⁷⁸) WIESE, *Programma cit.*, cap. 2, § 3. — WESTPHAL, *Rechtsgutachten* (Pareri giuridici), II, n. 45 pag. 15 n. 10 seg.

⁷⁹) Cap. ult. X de officio et potestate iudicis delegati.

⁸⁰) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, spec. 354 med. 3. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II, cap. 4 membr. 3 § 6, p. 294 segg. — GEIGER e GLÜCK, *Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen* (Casi giuridici e dissertazioni notevoli), I, n. 10 § 6 pag. 192.

senza l'attuario perchè questi e non il giudice ha l'obbligo di inserirlo a protocollo.

Il WALCH ⁸¹⁾ distingue se il giudice abbia anche egli stesso l'obbligo di inserire a protocollo o meno, e solo in quest'ultima ipotesi ritiene necessario l'intervento dell'attuario. Della stessa opinione è anche il MADHIN ⁸²⁾. Altri ⁸³⁾ invece sostengono che il testamento giudiziario può essere ricevuto dal giudice anche in assenza dell'attuario, tanto nella forma scritta, quanto in quella orale, mediante l'inserzione negli atti, perchè nelle materie di giurisdizione volontaria il giudice può fare anche le parti dell'attuario ⁸⁴⁾ e secondo questa opinione si è pronunciata anche l'antica pratica ⁸⁵⁾.

Vengo al secondo caso, quando cioè il tribunale sia un collegio. In tal caso, quando le leggi particolari di un dato paese non abbiano dato disposizioni speciali, il numero e la scelta dei membri del tribunale autorizzati a ricevere nei singoli casi un testamento dipendono dall'arbitrio del collegio ⁸⁶⁾; il testatore non ha invece alcun diritto di scegliere i membri del tribunale se questo non trovi ammissibile di accoglierne le domande ⁸⁷⁾. L'opinione ormai divenuta dominante che per la validità di un testamento giudiziale occorrano

⁸¹⁾ *Introductio in controversias iuris civilis*, loc. cit., § 5 pag. 294.

⁸²⁾ *Principia iuris romanis de successionibus*, § 85 in fine. — Vedi pure THIBAUT, *Pandette*, II, § 694.

⁸³⁾ LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.*, pars II, h. t. § 49. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4 th. 2 nota 5 (tomo I, pag. 360 ediz. Haubold). — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, spec. 354 med. 2 pag. 607. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* (Pensieri giuridici), II, 51. — KRAUS, *Dissertatio de testamentis controversis potissimum publicis*, § 39. — FRATRES BECMANN, *Consilia et decisiones*, pars I, cons. 37 q. 2, n. 15 pag. 426.

⁸⁴⁾ LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. II, spec. 71 med. 5.

⁸⁵⁾ CARPZOVIO, *Jurisprudentia forensis*, pars III, const. 3 def. 15. — RICHTER, *Pars I*, decis. 30. — BOEHMER, *Consultationes et decisiones*, tom. III, pars III, decis. 509 pag. 85 segg. — CRAMER, *Wetzlarischen Nebenstunden* (Ore d'ozio a Wetzlar), parte 10^a, diss. 6 pag. 73 seg.

⁸⁶⁾ BALSER, *Libellum de forma testamenti iudiciali externa*, §§ 77, 81, 86. — WIRSE, *Progr. cit.*, cap. 2 § 4 e specialmente QUISTORP, *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* (Contributi alla spiegazione di varie materie giuridiche), Rostock e Lipsia 1787, n. 42 pag. 611 seg.

⁸⁷⁾ Vedi QUISTORP, *Beiträge* (Contributi), loc. cit., pagg. 613-16.

almeno due membri del tribunale delegati per la sua recezione⁸⁸⁾, non si può ritenere provata per diritto comune⁸⁹⁾. Neppure è necessario, e ciò fu dimostrato con molta profondità dal BALSER⁹⁰⁾, che fra i membri delegati del tribunale ci sia l'attuario.

La via più sicura seguirà però quel giudice, il quale, quando le leggi particolari non prescrivano alcuna forma speciale per la recezione, tenga principalmente di mira di osservare per la sicurezza e la validità delle disposizioni del testamento giudiziale ciò che è richiesto in generale perchè qualunque altro atto da compiersi in giudizio acquisti la pubblica fede. Ciò consiste nella trascrizione a protocollo fatta da un attuario o cancelliere giurato in presenza del giudice o di un delegato capace di rivestire l'ufficio di giudice⁹¹⁾. Per la forma di un testamento giudiziale non si richiede dunque se non quanto è necessario in generale per la validità di un protocollo giudiziale⁹²⁾.

§ 1411 a.

*Se un testamento giudiziale perda la validità per il fatto
che sia stato ritirato dagli atti.*

Qui si presenta la quistione molto dibattuta se per la validità di un testamento giudiziale occorra che esso resti fino alla morte del testatore in deposito presso il tribunale e se per conseguenza per il suo ritiro dal tribunale perda la pubblica fede e così la validità.

Questa quistione non deve scambiarsi con l'altra trattata dal HELLFELD al § 1429 se un testamento giudiziale per il suo ritiro

⁸⁸⁾ CARPZOVIO, Pars III, const. III, def. 17. — WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tomo I, pars I, obs. 26. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4 th. 2 nota 4. — CRAMER, *Observationes iuris universi*, T. III, obs. 924. QUISTORF, *Beiträge* (Contributi), loc. cit. pag. 611.

⁸⁹⁾ BALSER, loc. cit., §§ 85-87.

⁹⁰⁾ Lib. cit. §§ 88-91 pag. 89-94.

⁹¹⁾ PUCHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens*, ecc. (Manuale del procedimento giudiziario nelle materie civili non contenziose), II, § 243.

⁹²⁾ MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 409. — Confr. pure PUCHTA, *Manuale* cit., I, § 113 pag. 291.

dal tribunale si debba ritenere revocato. Questa questione dipende dalla precedente, perocchè se il testamento perde la sua validità pel fatto di essere stato ritirato dagli atti, la questione se si debba per questo fatto intendere o no revocato diviene superflua. Quest'ultima è una questione puramente di fatto ⁹³), quella invece è una questione di diritto. Le opinioni degli scrittori sono molto discordi. Alcuni ⁹⁴) ritengono che il custodimento del testamento negli archivi del tribunale sia essenziale per la validità del testamento giudiziario e che questo perda per conseguenza la validità pel suo ritiro dagli atti. Si dice infatti che se il testamento non rimane negli atti fino alla sua pubblicazione, cioè fino alla morte del testatore, manca in primo luogo la forma di un testamento giudiziale consistente appunto nel fatto che esso sia consegnato agli atti giudiziari e a questi collegato, e perciò non può tal testamento separato dagli atti valere come testamento giudiziale.

Si osserva in secondo luogo che manca anche in tale ipotesi la piena certezza, la quale esiste solo se il testamento sia stato custodito in tribunale fino al momento della sua apertura. È appunto per questo motivo che la L. 19 Cod. *de testamentis* dice che i testamenti pubblici fanno a meno delle formalità di tutti gli altri testamenti perchè il fatto della loro custodia in tribunale li garantisce contro ogni falsificazione. Ma chi potrebbe garantire che il testamento che alla morte del testatore si trova custodito presso di lui sia lo stesso che fu consegnato agli atti?

Altri scrittori ⁹⁵) fanno una distinzione fra il testamento scritto

⁹³) SPANGENBERG, *Beitrag zu der Lehre von Testamenten* (Contributo alla teoria dei testamenti) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. 5, pag. 171.

⁹⁴) S. FINCKELTHAUS, *Observationes practicae*, obs. 12 § ult. — GRUPEN, *Observatio II de forma testamentorum iudiciali*, §§ 3 e 4, pag. 109 segg. — HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum forensium*, vol. 5, obs. 643 n. 11. — HENNE, *Dissert. de testamento publico per repetitionem ab actis vel scriptis principis rupto*, Erfordiae 1767 — LUGENHEIM, *Diss. de testamento iudiciali per repetitionem ab actis infirmato*, Altorffii 1771. — NETTELBLADT, *Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelehrtheit* (Saggio di una guida alla giurisprudenza pratica). § 975 pag. 503 della 5.^a edizione, Halle 1784.

⁹⁵) SCHILTER, *Praxis iuris romani*, exerc. 38 §§ 71, 72. — MADIHN, *Principia*

consegnato al giudice e il testamento orale fatto colla dichiarazione da inserirsi a protocollo, e ritengono che il primo debba seguitare ad essere custodito dal giudice e non possa più valere come testamento giudiziale dopo che sia stato restituito al testatore, sebbene ancora chiuso nella busta con i suggelli intatti, perchè esso, trovandosi nel possesso privato dal testatore, è troppo facilmente soggetto a falsificazioni. Quanto al testamento orale invece ogni falsificazione è impossibile ancor che esso si trovi al momento della morte nel possesso privato del testatore, perchè la sottoscrizione del giudice, la scrittura dell'attuario e il sigillo del tribunale provano la verità e l'autenticità del documento. Per esso perciò come in generale per gli altri documenti giudiziari non occorre la custodia nella sede del tribunale ed è valido e pienamente probatorio come testamento giudiziale, salvo che le leggi particolari stabiliscano diversamente.

La maggior parte degli scrittori ⁹⁶⁾ però è oggi d'accordo nel rite-

iuris romani de successiombus, § 172 in fine. *Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit* (Miscellanea da varie parti della giurisprudenza), I, num. 21, Breslavia 1814.

⁹⁶⁾ SRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. VII §§ 45-47. — MANZ, *Tractatus de testamento valido vel invalido*, tit. 21 § 36 pag. 1232. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.*, h. t. § 52. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V. spec. 359 med. 13. — PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, T. III obs. 153. — BOEHMER, *Novum ius controversum*, obs. 56. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, Sectio II, cap. 4 memb. 3 § 7 pag. 295. — CLAPROTH, *Practische Rechtswissenschaft*, ecc. (Giurisprudenza teorico-pratica degli atti di volontaria giurisdizione), § 116, pag. 207. — Fratelli OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* (Meditazione su varie materie di diritto), vol. I, med. 1.^a. — MEISTER, *Practische Bemerkungen aus dem Criminal und Civilrechte* (Osservazioni pratiche di diritto criminale e civile), I, oss. 11 quest. 2.^a pag. 85. — G. Lud. SCHMIDT, *Hinterlassene Abhandlungen*, ecc. (Dissertazioni postume su varie materie pratiche di diritto), vol. II, n. 4 pag. 11. — Carlo G. von ZANGEN, *Beitraege zum deutschen Recht* (Contributi al diritto tedesco), Giessen 1788, pag. 251 seg. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 694 p. 133 della 7.^a ediz. WESTPHAL, *Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts* (Pareri e sentenze di diritto civile), vol. I, h. t. § 12 pag. 149. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 822. — HAGEMANN, *Practische Erörterungen*, ecc. (Dissertazioni pratiche su varie parti della giurisprudenza) vol. VII, n. 82 pagg. 249-52. — PUCHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen* (Manuale del procedimento giudiziario nelle materie civili non contenziose), II, § 245, pag. 272. — WEBER, *Erläuterungen der Pandecten* (Spiegazione delle Pandette), II, § 129 n. 3 p. 231. — HARTTZECH, *Erbrecht* (Diritto delle successioni), § 74, pag. 66.

nere che per la validità di un testamento giudiziale non occorre che questo sia stato custodito nella sede del tribunale sino alla morte del testatore, in guisa che se il testatore lo ritiri dal tribunale esso non perde la sua validità, purchè però porti intatti i segni della sua fede giudiziaria, e questo tanto pel testamento fatto oralmente davanti al giudice, quanto per quello consegnato in iscritto. Questa opinione merita la preferenza perchè non è affatto prescritto nel diritto comune che il testamento giudiziario debba seguitare ad essere custodito in tribunale, nè che tale custodimento ne costituisca elemento essenziale. Ciò non è provato dalla L. 19 Cod. *de testamentis*: « securus erit qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum.... mentis suae postremum publicavit iudicium ». Il testamento giudiziario dei Romani non consistè mai nella consegna di un testamento scritto; questa forma è proprio soltanto della pratica giudiziaria tedesca; la forma romana fu soltanto la dichiarazione orale della sua ultima volontà fatta dal testatore *ad acta* ⁹⁷⁾. Ciò significa la frase *actis iudicis mentis suae postremum publicare iudicium* e la parola *publicare* appare in questo senso anche in altre leggi ⁹⁸⁾.

L'essenza del testamento giudiziale romano consisteva dunque nella semplice manifestazione di ultima volontà fatta davanti al giudice. Questo era un surrogato delle incommode solennità esteriori del testamento privato; l'intervento del giudice sostituiva queste solennità e la sua testimonianza garantiva la certezza dell'ultima volontà. La conservazione del testamento nella sede della giustizia non era dunque richiesta, nè a ciò allude la parola *publicare*: essa indica l'atto della confezione del testamento, ma non il custodimento di questo in tribunale fino alla morte del testatore, ciò avrebbe dovuto in ogni caso determinarsi più chiaramente. La validità del testamento giudiziale non può dunque farsi dipendere dal suo custodimento in tribunale; esso vale, secondo il diritto comune, per la sola fede giudiziaria e per l'intervento del giudice davanti al quale è stato fatto.

⁹⁷⁾ SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, vol. I, pag. 82. — SPANGENBERG, *Beitrag zur Lehre von Testamenten* (Contributo alla teoria dei testamenti), nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 159.

⁹⁸⁾ L. 30, 31, 32, 36 Cod. *de testam.*, 6, 23. Vedi BRISSONIO, v. *publicare*.

E perchè non dovrebbe esser concesso al testatore di custodire da sè stesso il proprio testamento giudiziale alla pari di qualunque documento su qualsiasi altro atto giudiziario? Quanto poi al testamento scritto consegnato al giudice, questo non esiste nel diritto romano e per conseguenza non si può parlare di necessità che esso sia custodito presso il giudice. Si vuol trovare una prova di tale necessità nella L. 18 Cod. *de testamentis*, che è una costituzione degli imperatori ARCADIO ed ONORIO:

« Testamenta omnia ceteraque, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur ⁹⁹⁾, nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis, quem si quis in hac urbe voluerit mutare irritam mortuorum videri faciet voluntatem ».

Qui però non si parla di testamenti giudiziali, ma di testamenti privati e neppure di consegna giudiziale di un testamento, bensì di apertura di un testamento privato, la quale per la liquidazione della *vicesima hereditatum* doveva farsi in giudizio e precisamente davanti all'ufficio censuale, il quale era posto sotto la presidenza del *magister census* cui sottostavano poi i censuali ¹⁰⁰⁾. Questa apertura si riferiva ai soli testamenti solenni, a testamenti dunque che non erano stati fatti davanti al giudice ¹⁾. Tali testamenti solenni suggellati dovevano già secondo l'antico diritto essere portati in giustizia, ivi aperti, letti, nuovamente suggellati e custoditi poi nell'archivio giudiziale ²⁾. Questa

⁹⁹⁾ Nel Cod. Theodosiano IV, 4, 4 è detto *reserentur* invece di *reserventur*. Questa lezione è preferita anche dal CONTIUS, *Lectiones subsecivae*, lib. II cap. 16 (*Opera*, pag. 100 seg.). — Vedasi però GOTOFREDO, *Comm. ad L. 4 cit.*, tomo I, pag. 381 del *Cod. Teod.* ediz. Ritter.

¹⁰⁰⁾ Di questo *officium censuale* e del *magister census* hanno trattato ampiamente il PANCIOLO, *Comm. in notitiam imperii occidentalis*, cap. 10 pag. 21, *Thesaurus variarum lectionum*, lib. II cap. 151 pag. 323 seg. — Il GUTHERI, *de officiis domus Augustae*, lib. III cap. 9 pag. 490 e il WALOH, *Controversiae iuris*, pag. 357 nota *) — Della *vicesima hereditatum* tratta di preferenza lo SCHUBERT, *Dissertatio de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum*, Helmstadii 1749, §§ 8-20.

¹⁾ Vedi SAVIGNY, *Geschichte des roem. Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medio-evo), vol. I, cap. 2 pag. 84 seg.

²⁾ PAOLO, *Sent. rec.* IV. 6 Dig. XXIX, 3. Cod. Inst., VI. 32. — SAVIGNY, loc. cit. — SPANGENBERG, *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium superstiles*, Lipsia 1822, n. 14 pag. 91 segg. 95 nota 1.

apertura non poteva aver luogo davanti ad altro magistrato che il *magister census* e gli eredi che la omettessero erano puniti colla perdita dei vantaggi che loro sarebbero venuti dal testamento: GIUSTINO però abolì questa pena e la trasformò in pena pecuniaria ³⁾. Manca dunque ogni prova nel diritto comune per l'opinione che noi combattiamo. Non si può quindi ritenere che la permanenza del testamento giudiziale negli archivii del tribunale sia un requisito essenziale di esso e che per il ritiro esso perda ogni validità, se ciò non sia scritto in qualche legge particolare ⁴⁾. Il motivo che si fa valere contro la nostra opinione, osservando che se il testamento non sia custodito nella sede del tribunale è possibile una falsificazione o una sostituzione, tocca solo ad una questione di fatto e non prova per nulla che pel solo ritiro il testamento giudiziale perda la sua validità. Le falsificazioni non si possono presumere; bisogna provarle. Del resto l'argomento perde ogni valore pel caso che il testamento si ritrovi in potere del testatore nel medesimo stato come fu consegnato al tribunale coi medesimi contrassegni e col suggello del tribunale intatto.

§ 1412.

Testamenti privati regolari. Breve storia della loro nascita secondo l'antico diritto civile, il diritto pretorio e le costituzioni imperiali.

Fu già sopra (§ 1408) osservato che i più antichi testamenti, tanto quello *calatis comitiis* quanto quello *in procinctu*, erano testamenti pubblici. Ad ambedue erano congiunte difficoltà. I *calata comitia* si tenevano soltanto due volte l'anno per testamenti e i testamenti *in procinctu* non si potevano fare che in tempo di guerra, quando l'esercito era schierato per la battaglia e i soldati erano con le consuete cerimonie religiose stati chiamati nelle file. Così ci narrano GAIO ⁵⁾,

³⁾ L. 23 Cod. *de test.*, 6, 23. — Vedi SCHUBERT, *Diss. cit.* § 22.

⁴⁾ Simile prescrizione è contenuta per esempio nel *Diritto generale territoriale prussiano*, parte I, tit. 12 §§ 565, 566, nel *Diritto territoriale bavarese*, parte III, cap. 4 § 2 n. 16, nel *Diritto territoriale di Hohenzollern*, tit. 8 § 5.

⁵⁾ *Inst.*, II, 101.

FESTO ⁶⁾ e TEOFILO ⁷⁾. Queste difficoltà, che i pontefici poi nel loro zelo pel mantenimento dei *sacra privata* aumentavano colla *sacrorum detestatio*, la quale, a dir di GELLIO ⁸⁾, era in stretta colleganza con i testamenti e a cui poi si aggiungeva in particolare l'incomodità dell'obbligo di nominare pubblicamente il nome dell'erede ⁹⁾, originarono ancor prima della cessazione dei testamenti pubblici la nascita dei testamenti privati ¹⁰⁾. In caso d'imminente pericolo di morte poteva infatti avvenire che nessuno di quei due testamenti fosse possibile. Ed è questa circostanza che, secondo GAIO ¹¹⁾ e TEOFILO ¹²⁾, dette occasione alla terza forma di testamento, quello *per aes et libram*. Onde ULPIANO ¹³⁾ dice:

« Testamentorum genera fuerunt tria, unum quod calatis comitiis, alterum quod in procinctu, tertium quod per aes et libram appellatum est »,

e GAIO ¹⁴⁾ dice: « accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur »,

e GIUSTINIANO nelle Istituzioni ¹⁵⁾: « accessit deinde tertium genus testamenti quod dicebatur per aes et libram », dove la parola *accessit*

⁶⁾ *De verborum significatione*, v. *enlo procinctu* e v. *Procincta classis*.

⁷⁾ *Institutionum graeca paraphrasis*, II, 10, 1.

⁸⁾ *Noctes Atticae*, XV, 27. — Vedi GANS, *Erbrecht* (Diritto di successione), II, pag. 58.

⁹⁾ DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte des römischen Testamente* (Contributo alla storia dei testamenti romani), § 17 pag. 95 seg.

¹⁰⁾ Sulle difficoltà varie che presentavano in pratica i testamenti *calatis comitiis* in particolare confr. SCHRADER, *Rechtsgeschichtliche Bemerkungen* (Osservazioni storico-giuridiche), n. 2 nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino civile) dell'HUGO, vol. V, pag. 154 segg.

¹¹⁾ II, 102 « qui neque calatis comitiis neque in procincta testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, etc. ».

¹²⁾ Loc. cit., tomo I pag. 330, edizione Reitz: « Porro cum haec duo essent genera, accidebat, ut nonnulli repentino morbo correpti morerentur intestati; neque enim calatis comitiis testabantur, quia nondum tempus neque procinctu quia bellum non erat; aliter autem testari aliquis inauspicatum credebat sano corpora. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur per aes et libram fiebatque per emancipationem ».

¹³⁾ XX, 2.

¹⁴⁾ II, 102 initio.

¹⁵⁾ § 1 I. *de test. ord.* 2, 10.

indica senza dubbio che i tre testamenti hanno per un certo tempo coesistito¹⁶⁾ fin che i due primi sono andati in desuetudine¹⁷⁾. Il testamento per *aes et libram* fu dunque il più antico dei testamenti privati. È però opinione inesatta quella sostenuta dal TREKELL¹⁸⁾ che questo testamento debba la sua origine alla libertà testamentaria introdotta dalla legge delle dodici tavole *uti legasset super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*, ed è parimenti inesatta l'opinione del BALDUINO¹⁹⁾, che il TREKELL stesso confuta, secondo la quale tale testamento sarebbe stato introdotto dalle stesse dodici tavole. Probabilmente esso era già conosciuto prima delle dodici tavole, perchè GELLIO²⁰⁾, GAIIO²¹⁾, ULPIANO²²⁾, GIUSTINIANO²³⁾ e TEOFILO²⁴⁾, i quali tutti parlano delle diverse specie degli antichi testamenti romani non fanno il minimo cenno delle dodici tavole. Che le dodici tavole confermassero la mancipazione, quantunque non proprio con riguardo al testamento, ci è insegnato dai frammenti Vaticani²⁵⁾. Ma ancor più notevole è che CICERONE²⁶⁾ in occasione di una lite

¹⁶⁾ DERNBURG, *Beiträge* (Contributi). cap. I, § 4, pag. 25 lit. b.

¹⁷⁾ GAIIO, II, 103. « Sic illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum quod per aes et libram fit in usu retentum est ». — ULPIANO, XX, 2. - Illis duobus testamentis abolitis. hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit ».

¹⁸⁾ *Tractatus de origine atque progressu testamenti factionis praes. apud Romanos*, cap. III, §§ 23, 24 pag. 118 seg.

¹⁹⁾ *Comm. de legibus XII Tabularum*, cap. 29, pag. 118 seg., edizione Basilea 1557.

²⁰⁾ *Noctes Atticae*, XV, 27.

²¹⁾ II, 101-104.

²²⁾ XX, 2.

²³⁾ § 1 I. *de test. ord.*, 2, 10.

²⁴⁾ *Paraphrasis graeca*, loc. cit.

²⁵⁾ § 50, pag. 47 dell'ediz. Buchholtz: « quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat ». — Vedi SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 96.

²⁶⁾ *De oratore*, I, 57. Vi si parla di un testamento nel quale il padre abbia preterito il figlio che si trovava alla guerra. CICERONE dice all'oratore che vuole attaccare tale testamento: « Tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicium positum videretur; vel si causam ageres militis patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante oculos, complexus esset filium flensque eum cen-

sopra un testamento, cita la legge delle dodici tavole *uti lingua nuncupasset* e non, come si aspetterebbe piuttosto, la legge *uti legasset*, il che però si spiega rammentando che la legge delle dodici tavole: *cum nexum faciet mancipiunque, uti lingua nuncupasset ita ius esto* ²⁷⁾ si riferiva a tutto ciò che accadeva *per aes et libram* ²⁸⁾ e che nella

tumviris commendasset; lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut totum illud, *uti lingua nuncupasset*, non in XII Tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur». — Confr. su questo testo DERNBURG, *Beitrag*, ecc. (Contributi cit.), cap. II § 17 pag. 103 nota 31.

27) FESTO, *de verb. sign. v. nuncupata*. — Vedi DIRKSEN, *Kritik und Wiederherstellung des Textes der zwölf-Tafeln fragmente* (Critica e ricostruzione del testo dei frammenti delle XII tavole), pag. 397 seg.

28) FESTO, *de verb. sign. v. nexum*. « Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur: quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio ».

Anche Marco Terenzio VARRONE, *de lingua latina*, VI p. 100 (editio bisantina 1788) dice: « Nexum. Manilius scribit, omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipi (mancipia i. e. mancipationes) ».

E CICERONE, *de oratore*, III c. 19: « Nexum quod per libram geritur ». — In questo senso sotto la denominazione di *nexum* si comprendeva anche il *mancipium*, poichè quella denominazione designava ogni negozio concluso *per aes et libram* secondo il diritto Quiritario. MUZIO SCEVOLA era però, per quanto ce ne riferisce VARRONE (loc. cit.) di opinione diversa; egli distingueva *nexum* da *mancipium*: « Mucius Scaevola, segue il citato VARRONE, quae per aes et libram fiant, praeterquam quae mancipio dantur ». Le due diverse opinioni si conciliano però, quando si distingue il significato ampio da quello stretto di *nexum*. In senso stretto il *nexum* è solo la creazione di una obbligazione mediante l'atto *per aes et libram*, il *mancipium* è la trasmissione della proprietà *per aes et libram*: in questo senso VARRONE ritiene a buon diritto per più esatta la spiegazione di MUZIO SCEVOLA: « Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur. Nam idem quod obligatur per libram, neque suum fit, inde nexum dicitur »: e le XII tavole pure distinguevano secondo tale significato *nexum* da *mancipium*. Ma c'era anche differenza tra *nexum* e *nexus*: *nexum* significava il negozio stesso di alienazione, *nexus* indicava la solennità della mancipazione *per aes et libram*; onde *nexa traditio* in CICERONE, *Topica* c. 5, a *nexu se obligare* in CICERONE, *pro Murena* c. 2. — Confr. in proposito C. G. ERNESTO HEIMBACH, *Dissertatio de C. Aelio Gallo iurisconsulto eiusque fragmentis*, praeside C. G. HAUBOLD def. Lipsiae 1823. — *Excursus I, ad C. Aelii Galli fragm. VII, apud Festum, v. nexum*. La mancipazione era dunque solo una *imaginaria venditio*. È da credere però che in origine essa fosse una vendita vera nella quale il prezzo si pesava nell'istante; più tardi poi questa operazione del pesare il prezzo divenne immaginaria e la

lingua tecnica dei giureconsulti romani si chiamava *mancipatio* o anche, come in GELLIO e nelle Istituzioni di GIUSTINIANO secondo la lezione di TEOFILO, *emancipatio*²⁹⁾. Tutto ciò però non è stato certamente introdotto dalle dodici tavole, perocchè queste, come è noto, non introdussero nulla di nuovo, ma soltanto confermarono ciò che ormai vigeva per lunga consuetudine³⁰⁾. Parimente la legge sopra citata delle dodici tavole³¹⁾ *qui se sieri testarier* si riferisce certamente alla mancipazione³²⁾, ma anche questa certamente era già prima diritto consuetudinario. Se così non fosse del resto non

mancipazione si estese ad altri negozi applicandosi in generale alle trasmissioni di proprietà. — Vedi G. F. PUCHTA, *Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen* (Trattato d'Istituzioni), Monaco 1829, *Annotazioni*, n. 5, del *noxum*, pagg. XXVIII-XL. — Confr. pure NIEBUHR, *Römische Geschichte* (Storia Romana), I pag. 639, della 3.^a ediz., Berlino 1828, e SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer* (Storia del diritto romano e antichità giuridiche romane), § 252 della 2.^a edizione.

²⁹⁾ HUGO, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto), pag. 144, 8.^a ed. — BOECKING, *Commentatio de mancipii causis*, Berlino 1826, pag. 15 seg. — SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 87 nota 209. — BRISSONIO, *de verborum signif.*, v. *emancipare*.

³⁰⁾ SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte*, ecc. (Storia del diritto romano), § 448 pag. 647 della 2.^a ediz. — DERNBURG, *Beiträge*, ecc. (Contributi alla storia dei testamenti romani) § 2 pag. 15 seg. — ULPIANO che nel *liber Regularum* (XI, 14) riporta testualmente il frammento delle XII tavole « uti legassit rel. » dice però espressamente nella L. 130 Dig. *de verb. sign.* 50, 16, « lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur » e GAIO che pure riporta nelle *Ist.* II, 124 la stessa legge delle XII Tavole non dice però che la libertà testamentaria sia stata introdotta da essa, ma così si esprime: « cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur ». Soltanto quando parlano di un principio di diritto di nuova introduzione i giureconsulti romani usano l'espressione *introducere*. — Vedi DERNBURG, *Beiträge*, ecc. (Contributi citati), § 4 nota 26 pag. 28 segg. Del resto noi abbiamo la prova che il fatto di essere un principio di diritto contenuto nelle XII Tavole non significhi che da queste esso sia stato introdotto per la prima volta, in un passo di ULPIANO, L. 1 Dig. *de cur. furios.* 27, 10: « Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est ». — Vedi DERNBURG, op. cit., § 2 nota 8 pag. 12.

³¹⁾ Vedi il § 1399.

³²⁾ Vedi DERNBURG, *Contributi*, § 3 pag. 21 seg. e il § 1404 di questo *Commentario*.

si spiegherebbe quanto racconta PLUTARCO ³³⁾, che cioè NUMA abbia concesso alle Vestali, tosto che consacrate sacerdotesse dal pontefice massimo, di esser liberate dalla patria potestà e dalla tutela, il che secondo GAIO ³⁴⁾ era disposto anche nelle dodici tavole, di maniera che per quanto insegna GELLIO ³⁵⁾ esse acquistavano con ciò il diritto di fare testamento. Ora, le Vestali non potevano testare *calatis comitiis* perchè presso i Romani le donne non potevano presentarsi ai pubblici comizii ³⁶⁾, bisogna dunque ammettere che vi siano stati testamenti privati prima delle dodici tavole, altrimenti esse non avrebbero potuto testare ³⁷⁾. Ma oltre alle forme di testamenti *calatis comitiis* e *in procinctu*, le quali non si adattavano alle donne, vi era pure, come GAIO ed ULPIANO d'accordo con GELLIO ³⁸⁾ ne attestano, la forma della mancipazione *per aes et libram*; e non vi ha dubbio che una donna potesse testare sul suo patrimonio *per aes et libram* ³⁹⁾.

La forma del testamento per mancipazione consisteva, come insegnano GAIO ⁴⁰⁾, ULPIANO ⁴¹⁾ e GIUSTINIANO ⁴²⁾, in una finta vendita solenne del patrimonio ad un *familiae emptor*, *per aes et libram*, alla quale dovevano intervenire cinque testimoni cittadini romani e liberi e un libripende come in ogni altra mancipazione ⁴³⁾. Questo libripende si considerava esso pure a detta di GAIO ⁴⁴⁾ come un testimone. Il testamento per mancipazione si modellava dunque sul testamento *calatis comitiis*. I testimoni infatti rappresentavano senza

³³⁾ *Vita Numa*, cap. 10. — Vedi DERNBURG, *Beiträge* (Contributi), § 13 nota 82 pag. 74 e il § 1404 d di questo *Commentario*.

³⁴⁾ I, 145.

³⁵⁾ *Noctes Atticae*, I, 12.

³⁶⁾ GELLIO, *Noctes Atticae*, V, 19. « Cum feminis nulla comitiorum communio est ». Vedi C. F. SCHULZE, *Von den Volksversammlungen der Römer* (Dei comizii dei romani), parte II, cap. 3 pag. 181 seg.

³⁷⁾ DERNBURG, *Beiträge* (Contributi), pag. 75 nota 83.

³⁸⁾ *Noctes Atticae*, XV, 27.

³⁹⁾ DERNBURG, *Beiträge* (Contributi cit.), cap. 5 § 31 pag. 269 seg.

⁴⁰⁾ II, 104.

⁴¹⁾ XX, 2.

⁴²⁾ § 1 I. *de test. ord.*, 2, 10.

⁴³⁾ GAIO, I, 119. — ULPIANO, XIX, 5.

⁴⁴⁾ II, 108. « De libripende eadem quae de testibus dicta esse intelligemus; nam et is testium numero esset ».

dubbio in questo testamento il popolo radunato nei comizii ed erano chiamati appunto come nei comizii col nome di Quiriti ⁴⁵⁾. GAIO ⁴⁶⁾ chiama la mancipazione un *ius proprium civium romanorum* ed essa era certamente nota ai Romani prima delle dodici tavole e così comune come la stipulazione ⁴⁷⁾.

Il problema difficile che molti hanno tentato di risolvere, e pochi però vi son riusciti, è quello di sapere come una forma di vera alienazione applicabile ai negozi giuridici, nei quali si trasmette un diritto immediatamente in modo obbligatorio per il trasmittente, si possa applicare ad un negozio giuridico il cui carattere principale è la revocabilità ed unilateralità e in particolare di spiegare il rapporto fra questo testamento e il testamento *calatis comitiis*. Le opinioni degli antichi scrittori sono già state criticate dal DERNBURG ⁴⁸⁾ e quella di questo autore dal GANS ⁴⁹⁾. La via più sicura per scoprire la verità è quella di tenersi a GAIO e TEOFILO, i quali ci danno sull'origine e sui progressi di questo testamento, la cui forma era in origine diversa da quella dei tempi di GAIO, notizie più diffuse e più precise che non ci dia GIUSTINIANO nelle Istituzioni. GAIO (II, 102) così espone la differenza fra l'antico e il nuovo modo di testare *per aes et libram*:

§ 102: « Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. § 103: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum quod per aes et libram fit in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat; namque olim familiae

⁴⁵⁾ DERNBURG, *Beiträge* (Contributi), pag. 23 nota 21. — GANS, *Erbrecht* (Diritto di successione), II, pag. 86 seg. 89.

⁴⁶⁾ I, 119.

⁴⁷⁾ DERNBURG, *Contributi*, pag. 82 nota 6.

⁴⁸⁾ *Contributi*, cap. II §§ 16, 17 pagg. 88-107.

⁴⁹⁾ *Il diritto di successione romano, ovvero il diritto di successione nel suo svolgimento mondiale*, vol. II, parte II, cap. 1 pag. 75-82.

emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis loco optinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento institutus a quo etiam legata relinquuntur, alius dieis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104: Eaque res ita agetur: qui facit (testamentum) adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dieis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere, et ut quidam adiiciunt, aeneaque libra esto mihi empta: deinde aere percudit libram idque aes dat testatori veluti pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis oerisque scripta sunt, ita do ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. § 105: In testibus autem non debet is esse qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem, quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium ».

Secondo questa esposizione di GAIO, alla quale noi dobbiamo attribuire piena fede, non era già che l'erede rappresentasse in origine anche la parte del *familiae emptor*, come si è erroneamente interpretato GAIO ⁵⁰⁾, bensì al contrario in origine il *familiae emptor* era

⁵⁰⁾ TEOFILO ha dato occasione a questo equivoco, poichè egli nella sua *Paraphrasi* non distingue nettamente *heredis locum obtinere* o *heredis loco esse* da *heres esse*. — Il TREKELL, *de origine et progressu testamenti factionis, praesertim apud Romanos*, cap. III, § 29 pag. 133, rimprovera TEOFILO anche per aver creduto che il *familiae emptor* fosse nei tempi più antichi egli stesso l'erede, ciò che ha cercato nuovamente di difendere contro di lui il WERNSDORF, *Observationes de familiae emptore ipso herede in testamento per aes et libram condito*, Wittem-

anche l'erede, in seguito fu nominato nel testamento un erede, e un'altra persona diversa dall'erede interveniva come *familiae emptor* soltanto ad imitazione dell'antico diritto⁵¹⁾. Secondo l'esposizione di GAIO adunque la forma più antica del testamento per mancipazione era la seguente. Chi non aveva occasione di poter fare il testamento *calatis comitiis* o *in procinctu* e da una subita malattia era posto in pericolo di non potere sopravvivere sino ai prossimi comizii si serviva, per escludere gli eredi intestati, di una delle forme consuete di alienazione. La forma più usata era la mancipazione. « Est autem mancipatio, dice GAIO⁵²⁾, imaginaria quae 'am venditio: quod et ipsum ius proprium civium romanorum est, eaque res ita agitur, adibilibus non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens ». Lo stesso GAIO⁵³⁾ dice: « Fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae quaerere ». Il testatore dunque sceglieva un amico fedele e a questo mancipava tutto il suo patrimonio (*familia*), pregandolo di distribuire dopo la sua morte quel patrimonio fra le persone alle quali egli lo aveva destinato. Questo testamento si chiamava, come dice GAIO, *per aes et libram* appunto perchè avveniva per mancipazione; e questa mancipazione era perfetta come ogni altra quando intervenivano cinque testimoni puberi cittadini romani e un libripende. Il *familiae emptor* pronunciava questa formula: *familiam pecuniamque tuam endo mandatum tutelam custodelunque meam recipio* e tosto, come GAIO riferisce, batteva sulla bilancia tenuta dal libripende con una moneta, che in origine però era un pezzetto di rame greggio (*raudusculum*) e dava

bergae 1780. — Anche lo SCHRADER, *Vom Ursprunge der Vertragsform bei den Testamenten der Roemer* (Sull'origine della forma contrattuale nei testamenti romani) nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino) dell'HUGO, vol. V, pag. 181, dice che nel testamento *per aes et libram* il *familiae emptor* sia stato in origine anche erede. — Confr. però DEHNBURG, *Contributi*, pag. 121 nota 44.

⁵¹⁾ Vedi PUCHTA, *Trattato di Istituzioni*, Annotazioni, n. 8: dell'antico testamento per *aes et libram*, pagg. XLII-XLV.

⁵²⁾ I, 119.

⁵³⁾ II, 35.

questo al testatore come prezzo. In questa forma originaria del testamento *per aes et libram* non si istituiva un erede, ma il *familiae emptor* ne faceva le parti. Per mezzo suo avveniva la distribuzione dell'eredità fra le persone a cui il testatore la voleva lasciare. « Mandabat testator familiae emptori, dice GAIO, quid cuique post mortem suam dari vellet ». Da questa disposizione appar chiaro che il *familiae emptor* non era un erede e ciò provano del resto anche le espressioni usate da GAIO *olim familiae emptor heredis locum optinebat, loco heredis erat*, espressioni che non sono mai usate per indicare il vero erede. Così infatti per designare quelli ai quali il pretore dà la *bonorum possessio* si dice *loco heredum constituuntur quia praetor heredem facere non potest*⁵⁴), e parimente il fideicommissario non è chiamato vero erede: *praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem (ex fideicommisso) quasi heredi et in heredem dare coepit*⁵⁵). L'adempimento del negozio restava dunque sospeso fino alla morte, ciò che avveniva parimente più tardi nella donazione a causa di morte e nel fedecommissso. E poichè il negozio era fatto esclusivamente per formalità il mancipante poteva seguitare a rimanere in possesso del suo patrimonio fino alla morte, nè aveva nulla da temere da parte di quelli ai quali il patrimonio doveva essere distribuito dopo la morte, neppure eventuali attentati alla sua vita, perchè essi non sapevano nulla delle disposizioni fatte a loro vantaggio; e poichè d'altra parte il *familiae emptor* non aveva alcun interesse pecuniario all'adempimento del negozio, ma vi era solo interessata la sua amicizia e la sua fede, il mancipante conservava fino alla morte il pieno arbitrio di mutare le sue disposizioni, sia di dare nuovi incarichi al *familiae emptor*, sia di revocarglieli in modo assoluto facendosi remancipare il patrimonio. In tal modo il mancipante colla forma di una trasmissione del patrimonio fra vivi *per aes et libram*, contro la quale non potevano gli attacchi degli eredi intestati, si era riservata la facoltà di revoca e il pieno arbitrio testamentario, e in ciò appunto sta la caratteristica di questo negozio e ciò che lo distingue dal contratto successorio tedesco⁵⁶).

⁵⁴) GAIO, III, § 2, § 2 I. *de bon. poss.* 3, 9 (10).

⁵⁵) II, 253.

⁵⁶) DERNBURG, pag. 98 seg.

Poichè nella forma originaria del testamento per mancipazione il *familiae emptor* aveva tutto l'aspetto di un fiduciario gravato di un fedecommesso, si potrebbe credere che come nei fedecommessi prima di AUGUSTO ⁵⁷⁾ tutto dipendesse dalla fede e dall'onestà del *familiae emptor* e per conseguenza dopo la morte del mancipante nessuna azione spettasse contro di lui a coloro ai quali egli doveva per mandato del testatore distribuire il patrimonio. Ma le cose non andavano in tal guisa nel testamento *per aes et libram*: qui interveniva la legge *qui nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*; il *familiae emptor* era obbligato per la *linguae nuncupatio* precisamente come lo era il vero erede per la legge *uti legassit suae rei ita ius esto*, colla quale CIOERONE ⁵⁸⁾ congiunge appunto quella prima legge.

§ 1412 a.

Forma più moderna del testamento per aes et libram.

Testamento pretorio.

Secondo GAIO la forma più moderna del testamento *per aes et libram* si distingue dall'antica per ciò che in essa è istituito un erede il quale può essere gravato dei legati. « Nunc vero alius heres testamento instituitur a quo etiam legata relinquuntur ». Appunto in questa istituzione di erede consiste il carattere distintivo di questa forma da quella originaria nella quale il *familiae emptor* era incaricato di distribuire la eredità fra coloro a cui il testatore la voleva lasciare e perciò rappresentava la parte dell'erede. Ora invece si prendeva per *familiae emptor* una persona diversa dall'erede istituito, la quale interveniva per semplici formalità e si distingueva dall'antico *familiae emptor* per ciò che dopo l'atto del testamento egli non aveva più nulla a che fare con l'eredità, mentre l'ufficio di quello più antico si attuava appunto dopo la morte del testatore ⁵⁹⁾.

⁵⁷⁾ GAIO, II, § 285, § 1, § 11 I. *de fid. hered.*, 2, 23.

⁵⁸⁾ *De oratore*, I, cap. 57. Vedi nota 26.

⁵⁹⁾ PUCHTA, *Lehrbuch der Inst.* (Trattato d'Istituzioni), Annotazioni, p. XLV.

Il testamento *per aes et libram* consisteva secondo gli insegnamenti di ULPIANO ⁶⁰⁾, più precisi di quelli di GAIO, di due parti, la *familiae Mancipatio* e la *nuncupatio testamenti*. La prima era una vendita fittizia del patrimonio al *familiae emptor* nella quale tutto avveniva come in qualunque altra mancipazione trasmissiva attualmente e irrevocabilmente di un diritto reale fra vivi, con l'intervento del *familiae emptor*, del libripende e del consueto numero di testimoni. L'atto doveva avvenire *uno contextu*, tutti cioè, testatore, libripende, *familiae emptor*, e i cinque testimoni dovevano essere contemporaneamente presenti. GAIO e ULPIANO non lo dicono espressamente, ma è naturale che non lo dicano perchè tale unità dell'atto s'intende da sè ⁶¹⁾. GIUSTINIANO ⁶²⁾ dice che questa necessità derivava dal diritto civile ed evidentemente egli non poteva con ciò non riferirsi ai requisiti della forma della mancipazione. I giureconsulti sopra menzionati non dicono neppure che i testimoni dovessero essere rogati, sebbene questa *rogatio* fosse necessaria, ma essa faceva parte degli atti preparatorii della mancipazione piuttosto che del testamento stesso ed era presupposta necessaria come in ogni mancipazione ⁶³⁾. L'altra parte dell'atto era la *nuncupatio testamenti*. Questa consisteva nel fatto che il testatore tenendo in mano lo scritto nel quale aveva redatto la sua ultima volontà (*tabulae testamenti*) dichiarasse questa davanti ai testimoni colla seguente formula: *haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibetote* ⁶⁴⁾. Questa formula di nuncupazione prova che il testamento *per aes et libram* del diritto civile era un testamento scritto. Il testatore infatti teneva, come dice ULPIANO, le *tabulae testamenti* in mano mentre pronunciava quella formula. È però da dubitare se sia esatto ritenere col LOEHR ⁶⁵⁾ che fosse necessario per il testamento del diritto

⁶⁰⁾ XX, 9. « In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae Mancipatio et nuncupatio testamenti,..... quae nuncupatio et testamentum vocatur ».

⁶¹⁾ Vedi DERNBURG, *Contributi*, pag. 126.

⁶²⁾ § 3 I. *de test. ord.*, 2. 10.

⁶³⁾ DERNBURG, *op. cit.*, pag. 124 seg.

⁶⁴⁾ ULPIANO, XX, 9.

⁶⁵⁾ *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. VI, n. 14 nota 13 pag. 332 seg.

civile lo scritto, perchè lo stesso ULPIANO ⁶⁶⁾ parla anche a proposito del testamento orale del *solemnis numerus testium* e certamente non può con ciò indicare che il testamento del diritto civile ⁶⁷⁾. Ai tempi di ULPIANO infatti si conoscevano soltanto due forme di testamenti, il pretorio suggellato da sette testimoni e il civile *per aes et libram*; ma il primo richiedeva per la sua validità le *tabulae*, il testamento nuncupativo di cui parla ULPIANO non poteva dunque essere che il secondo ⁶⁸⁾. In origine la forma più comune di testamento civile deve essere stata quella scritta e difatti i primi esempi conosciuti di testamento civile nuncupativo sono dell'epoca imperiale. SVETONIO ⁶⁹⁾ racconta che ORAZIO nominò suo erede l'imperatore AUGUSTO e lo nominò solo verbalmente perchè, essendo egli colpito da subitanea malattia mortale, gli mancava la forza di suggellare le sue *tabulae testamenti*. Questo esempio prova che già prima di GIULIANO ⁷⁰⁾ il testamento civile nuncupativo doveva essere in uso, e l'esempio stesso di ORAZIO sembra, come giustamente osserva il TREKELL ⁷¹⁾ contro il TOMASIO, non essere stato il primo, poichè esso prova che non deve essere stato del tutto inconsueto nei testamenti civili di pronunciare il nome dell'erede davanti a testimoni. Non è però sostenibile, almeno data la forma più moderna del testamento *per aes et libram*, l'affermazione del DERNBURG ⁷²⁾ che il testamento civile puro sia stato soltanto nuncupativo.

⁶⁶⁾ L. 21 pr. Dig. qui test. fac. poss., 28, 1.

⁶⁷⁾ SCHILLING, *Bemerkungen über Roemische Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 427 nota *).

⁶⁸⁾ Parecchi testi fanno cenno di un testamento nuncupativo, che è senza dubbio testamento civile. L. 25 Dig. h. t.; L. 58 Dig. de her. inst., 28, 5; L. 20 § 1 Dig. de vulg. et pup. subst., 28, 6.

⁶⁹⁾ *Horatii vita*, cap. ult. in f. Il dott. RICHTER di Erlangen ha ripubblicato questa vita con molte dotte e pregevolissime note sotto il titolo: *In Q. Horatii Flacci vitam a Svetonio Tranquillo conscriptam notas variorum collegit et commentarium perpetuum, nec non synopsis chronologicam adiecit* Doct. E. J. RICHTER, Zwickaviae 1830. Vedi specialmente pagg. 132-38.

⁷⁰⁾ L. 8 § 4 Dig. de bon. poss. sec. tab., 37, 11. — Vedi SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 448 pag. 650.

⁷¹⁾ *Tractatus de origine et progressu testamenti factionis*, cap. III, § 36 pag. 147.

⁷²⁾ *Beiträge, ecc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani), § 20 p. 130.

Poichè nella nuova forma del testamento civile il *familiae emptor* era una persona diversa dall'erede, così si spiega, perchè nè il *familiae emptor* nè colui che era nella sua patria potestà potessero essere testimone o libripende, mentre invece lo potevano l'erede e quello che fosse nella potestà di lui ⁷³⁾. Così CIOERONE ⁷⁴⁾ porta l'esempio di sè stesso che era stato insieme con OLODIO testimone nel testamento di CIRO nel quale ambedue erano stati istituiti eredi. Ciò si giustificava dicendo che il negozio col quale si confezionava il testamento si compieva fra il *familiae emptor* e il testatore e perciò si escludevano dal fare da testimoni il *familiae emptor* e quelli nella potestà di lui, ma non gli eredi che di solito neppure si conoscevano ⁷⁵⁾. Già gli antichi però sconsigliavano dal far uso di questo diritto ⁷⁶⁾, o, come dice GIUSTINIANO ⁷⁷⁾, *hoc iure minime abuti debere eos suadebant*. Quello che gli antichi sconsigliavano GIUSTINIANO ridusse a disposizione di legge obbligatoria e proibì all'erede, che ormai stava al posto dell'antico *familiae emptor*, e alle persone nella potestà di lui di fare da testimoni nel testamento a suo favore ⁷⁸⁾.

Qui si presenta la questione come si concili tutto ciò coll'insegnamento di ULPiano nel libro I *ad Sabinum* ⁷⁹⁾: « Qui testamento heres instituitur in eodem testamento testis esse non potest ».

Si è cercato di spiegare questo frammento in vari modi. Alcuni ⁸⁰⁾ lo riferiscono al testamento pretorio. In contrario però il BACHOVIO ⁸¹⁾

⁷³⁾ GAIO, II, 105, 107. — ULPiano XX, 5, § 10 I. *de test. ord.*, 2, 10.

⁷⁴⁾ *Pro Milone*, cap. 18.

⁷⁵⁾ BYNKERSHOEK, *Observationes iuris romani*, lib. VIII, cap. 24, pag. 366.

⁷⁶⁾ GAIO, II, 108 in fine.

⁷⁷⁾ § 10 I. *de test. ord.*, 2, 10.

⁷⁸⁾ GIUSTINIANO dice che per ciò egli non ha fatto introdurre nel suo Codice le costituzioni che contenevano quell'antico diritto. È ignoto però a quale costituzione egli abbia voluto alludere. — Secondo il WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti), sarebbero state costituzioni dei codici Gregoriano ed Ermogeniano, ma nei frammenti che noi possediamo di quei codici non ce n'è traccia. La stessa costituzione di GIUSTINIANO però non si trova nel suo codice.

⁷⁹⁾ L. 20 pr. Dig. h. t.

⁸⁰⁾ CUIACIO, *ad L. 20 cit.* — FABRO, *de erroribus pragmaticorum* dec. 66 err. 2. — BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, lib. VIII, cap. 24 p. 369. — HEINECCIUS, *ad Vinni Comm. Inst.* § 10 *de test. ord.* 2, 10.

⁸¹⁾ *Animadversiones ad Treutlerum*, vol. II, disp. 10 th 1, lit. h, pag. 511.

ha osservato che ULPIANO stesso ⁸²⁾ dice: « hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam ». Ma ULPIANO ⁸³⁾ considera anche espressamente il testamento pretorio e dice anzi che un testamento che non vale come testamento *per aes et libram* secondo il diritto civile può fare ottenere all'erede la *bonorum possessio* secondo il diritto pretorio, quando sia suggellato da sette testimoni. Egli dunque nel testo citato voleva dire soltanto che dei tre antichi testamenti del diritto civile, quello *calatis comitiis*, quello *in procinctu*, quello *per aes et libram*, solo l'ultimo era ancora in uso ai suoi tempi, essendo i due primi già spariti da tempo, ma con ciò non voleva, come giustamente ha osservato il BYNKERSHOEK ⁸⁴⁾, negare l'uso del testamento pretorio. Piuttosto si può con buon fondamento obiettare che, poichè il testamento pretorio era un testamento scritto come quello *per aes et libram*, non c'era motivo per trattare l'uno e l'altro diversamente. Forse ULPIANO parlava, come han creduto Everardo OTTONE ⁸⁵⁾ e Giovanni WYBÒ ⁸⁶⁾, del testamento civile nuncupativo? Ma contro questa congettura sta la formulazione generale del testo. L'opinione più esatta è quella di coloro ⁸⁷⁾ che ritengono il testo di ULPIANO sia interpolato.

Come non potevano essere testimoni il *familiae emptor* e colui che si trovava sotto la sua potestà, così non potevano esserlo neppure coloro che si trovavano insieme con lui sotto la medesima patria potestà. Due fratelli che stavano sotto la medesima potestà non potevano pertanto figurare nel medesimo testamento, l'uno come *familiae emptor* l'altro come testimone, « quoniam quod unus ex his

⁸²⁾ XX, 2.

⁸³⁾ XXVIII, 6.

⁸⁴⁾ Loc. cit., pag. 370 in fine.

⁸⁵⁾ *Comm. ad § 10 I. de test. ord.*, 2, 10.

⁸⁶⁾ *Tribonianus ab emblematis Wissenbachii liberatus*, cap. 5 pag. 316 seg. ediz. Halens 1736.

⁸⁷⁾ V. ZUICHEM, *Comm. in tit. Institut. de test. ordinandis* (Basileae 1534) ad § 10; h. t. n. 1 pag. 31. — WISSENBACH, *Emblemata Triboniani*, cap. 5, p. 79. — SCHULTING, *Notae ad Digesta a Smallenburg editae*, tomo V, ad L. 20 pr. h. t., pag. 7. — TREKELL, *De origine atque progressu testamentifactionis praesertim apud Romanos*, cap. III, § 72. pag. 227. — Vedi però DERNBURG, pag. 321.

mancipio accipit, dice ULPIANO ⁸⁸), acquirit patri, cui filius suus testis esse non debet ». Parimente il padre non può essere testimonio se il figlio nella sua potestà figura come *familiae emptor* ⁸⁹), « nam reprobatum est in ea re, dice GAIO ⁹⁰), domesticum testimonium » ⁹¹). GIUSTINIANO nel § 1 I. *De test. ord.* 2, 10 dice :

« Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim et hoc in usu esse desiit ».

La parola *partim*, che TEOFILO ha tradotto non tanto inesattamente quanto gli rimprovera il COSTANTINO ⁹²) con κατὰ μέρος, 'si riferisce alla nuova forma per la quale la più antica, in cui il *familiae emptor* faceva la parte dell'erede, andò in disuso. Così spiega anche TEOFILO

⁸⁸) XX, 5.

⁸⁹) ULPIANO, XX, 4.

⁹⁰) GAIO, II, 105 in f., 106.

⁹¹) TEOFILO nella Parafrasi ad § 9 I. *de test. ord.* spiega molto esattamente le parole *domesticum testimonium* in questo modo: « Domesticum autem testimonium non ex cognitione, sed ex coadunatione per potestatem patriam metimur ». — Confr. anche SOAREZ RIBEIRA, *Observationes iuris*, cap. 18 nel *Thesaurus* del MEERMANN, tomo 5 pag. 578. Il fondamento di questo divieto del *testimonium domesticum* sta, secondo il GANS, *Erbrecht* (Diritto ereditario), II, pag. 89, nel fatto che i testimoni nella mancipazione rappresentavano il popolo dei Quiriti e per ciò dovevano, come il popolo stesso, essere disinteressati e liberi da ogni schiavitù, mentre ciò non sarebbe stato se fosse stato permesso che intervenissero come testimoni anche persone congiunte colle parti. — GAIO (II, 165) e ULPIANO (XX, 5) hanno però già indicato il vero motivo del divieto.

⁹²) *Subtiles Enodationes*, I, cap. 26 nel *Thesaurus* di OTTONE, t. IV p. 529. κατὰ μέρος corrisponde a *paulatim*, e così lo traduce il REITZ; ma corrisponde anche a *partim* o *particulatim*, e questo ne è qui il significato, come anche lo stesso REITZ osserva nel *Glossarium Theophilinum* v. κατὰ μέρος, nella ediz. della Parafrasi, vol. II, pag. 1280. — TEOFILO ha certamente usata qui l'espressione in discorso nel senso di *partim* ed è strano che il REITZ, il quale pure nel suo Glossario rimanda dopo la data spiegazione a questo testo, abbia poi tradotto qui in modo inesatto, rigettando così insieme col COSTANTINO tutto il biasimo su TEOFILO. Dove nelle Istituzioni è usata la parola *paulatim*, come per esempio nel § 3 *de test. ord.*, TEOFILO traduce κατὰ μέρος e non κατὰ μέρος. Non si può però negare che per esprimere *partim* o *ex parte* i Greci usano più di frequente l'espressione μέρος τι ο τὸ μέρος.

il *partim*, a miglior prova che il *κατὰ μέρος* non è preso da lui in altro senso. Egli dice secondo la versione del REITZ:

« Quoniam enim familiae emptor idem erat ac heres et inde porro sciens se fore successorem, insidiabatur domino patrimonii: ideo secundum antiquam fidem formam adhibebatur familiae emptor qui morituri patrimonium imaginarie emebat, sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat quem sibi vellet heredem esse ».

Il VINNIO ⁹³⁾ spiega diversamente la parola *partim*. Egli crede che GIUSTINIANO voglia indicare con essa che nel testamento *per aes et libram* le solennità della mancipazione siano andate a poco a poco in disuso e sia rimasta soltanto quella parte del testamento che si chiamava la *nuncupatio testamenti* colla necessità però del numero di persone prescritto per la mancipazione. Ma per quanto sia certo che la forma della mancipazione sparì a poco a poco, altrettanto è innegabile che essa persistette lungo tempo anche sotto gli imperatori cristiani accanto alla forma del testamento pretorio, in modo che ciascuno fosse libero di testare o davanti a cinque testimoni mediante la mancipazione o davanti a sette coll'apposizione dei suggelli da parte di questi secondo il diritto pretorio. Onde, ancora in una novella dell'imperatore VALENTINIANO III dell'anno 445 è detto: *cum liceat cunctis iure civili atque praetorio... iudicia suprema componere*, e più oltre è soggiunto che il testamento è valido *si vel septem vel quinque testibus muniatur*. Sembra dunque che il VINNIO abbia scambiato le due forme di testamento, la pretoria e la civile. Il pretore passò sopra alle solennità della mancipazione e dove il testamento sarebbe stato nullo per diritto civile per mancanza di questa forma, egli dette tuttavia la *bonorum possessio secundum tabulas*, purchè le sette persone necessarie nel testamento per mancipazione, che egli considerò come altrettanti testimoni, avessero suggellato il testamento, come in seguito si dirà ⁹⁴⁾.

È da osservare ancora che il testamento civile *per aes et libram* non richiedeva i suggelli dei testimoni, perocchè nè GAIO nè ULPIANO

⁹³⁾ *Comm. ad § 1 I. de test. ord.*, 2, 10, n. 4 circa finem.

⁹⁴⁾ GANS, *Scholien zum Gaius* (Scolii a GAIO), pag. 282. *Erbrecht* (Diritto ereditario), II, pag. 109 segg.

i quali descrivono così minutamente quel testamento, ce ne dicono nulla e nelle Istituzioni ⁹⁵⁾ è detto espressamente che i suggelli dei testimoni non erano necessari per diritto civile e che la loro necessità deriva dall'editto del pretore. Tuttavia il suggello dei testimoni era fino da tempi antichi in uso anche nei testamenti civili e in certo senso ritenuto anche necessario ⁹⁶⁾ perchè l'identità del testamento poteva difficilmente stabilirsi dopo la morte del testatore altrimenti che con un segno permanente apposto dai testimoni al testamento loro presentato ⁹⁷⁾. SVETONIO ⁹⁸⁾ ci racconta che il testamento di AUGUSTO, il quale era certamente un testamento civile poichè DOMIZIO vi figurava come *familias emptor* ⁹⁹⁾, fu aperto e letto dopo la sua morte davanti al Senato previo riconoscimento per parte dei testimoni dei loro suggelli ¹⁰⁰⁾. Un esempio più antico riferisce CICERONE narrando che egli stesso, come già sopra accennavamo, appose il proprio sigillo al testamento di CRO come testimone. Lo stesso deve dirsi della sottoscrizione dei testimoni, a quanto si rileva dal seguente passo di ISIDORO ¹⁾: « Testamentum iuris civilis est quinque testium signis signatum, subscriptione firmatum ». Anche una costituzione dell'imperatore ARCADIO ²⁾ parla di cinque *signatores* che hanno sottoscritto il testamento. La *nuncupatio testamenti* non aveva nel testamento per mancipazione lo scopo di far conoscere il contenuto del testamento ai testimoni, ma consisteva in una semplice dichiarazione solenne di ultima volontà fatta dal testatore con riguardo alle *tabulae*

⁹⁵⁾ §§ 2, 3. Inst. de test. ord., 2, 10. — DERNBURG, Beiträge (Contributi) § 20 pag. 130 seg.

⁹⁶⁾ TREKELL, Tractatus de origine et progressu testamentifactionis praesertim apud Romanos, cap. III, § 43.

⁹⁷⁾ SAVIGNY, Beitrag zur Geschichte der römischen Testamente (Contributo alla storia dei testamenti romani), nella Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Rivista della giurisprudenza storica), vol. I, n. 5, pag. 81 segg.

⁹⁸⁾ Augustus, cap. ult.

⁹⁹⁾ Nero, cap. 4.

¹⁰⁰⁾ Tiberius, cap. 23.

¹⁾ Origines, lib. VI, cap. 24. — SAVIGNY, loc. cit., pag. 85.

²⁾ L. 3 § 1 Cod. Th. de testam., 4, 1. — « Nec patimur fidem conditi arbitrii ob hoc debere convelli, si aut maiorem in principio signatorum, aut minorem aut nullum numerum conditor si aut praedixerit voluntati, cum quinque huic non ignari subscripserint testamento ».

che egli teneva in mano; onde GAI¹⁰ dice che, sebbene *nuncupare* significhi *palam nominare, sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*. Ma per una falsa intelligenza di questa nuncupazione si formò la consuetudine di far conoscere ai testimoni il contenuto del testamento in maniera che il testamento scritto del diritto civile si trasformò quasi in un testamento nuncupativo. Questa falsa intelligenza che ebbe per effetto di far preferire a molti di morire intestati piuttosto che far conoscere la propria ultima volontà ai testimoni, spinse probabilmente l'imperatore TEODOSIO il Giovine ad emanare la Novella *de testamentis* dell'anno 439, che nella collezione di RITZER figura al titolo 9³⁾, in quella di HUGO⁴⁾ al titolo 16, colla quale non abolì, come pensa il TREKELL⁵⁾, il testamento civile, ma mise in guardia i testatori contro l'erronea opinione che essi dovessero dichiarare ai testimoni il contenuto del loro testamento; niente affatto, chi si vergogna di testare secondo il diritto civile mediante la nuncupazione quale è ora falsamente intesa è libero di fare un testamento scritto secondo il diritto pretorio davanti a sette testimoni, ai quali lo presenta chiuso perchè lo sottoscrivano e vi appongano il loro sigillo⁶⁾. Sono notevoli in proposito i seguenti passi dei § 1 e 2 della citata costituzione:

« Natura talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis, quae sentiunt, confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblaturunque eis tabularum perhibere testimonium postulabant⁷⁾. Sed dum iuris antiqui cautelam paulatim mutat posteritatis imperita praesumptio et testes exigunt omnino, quae testamento continentur, agnoscere, eo res processit, ut

³⁾ *Collex Theodosianus*, t. VI, parte II, pag. 29 seg.

⁴⁾ *Ius civile antejustinianum*, t. II, pag. 1251 seg.

⁵⁾ *Tractatus cit.*, cap. 3, § 53.

⁶⁾ SAVIGNY, *Beitrag*, ecc. (Contributo alla storia dei testamenti romani), pag. 87 seg.

⁷⁾ Ciò si riferisce alle parole della *nuncupatio testamenti* « haec ut in his tabulis, etc. ».

dum sua quisque nonnunquam iudicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat intestatus mori, quam suae mentis arcana periculose patiaturs exprimere. § 2: Hac itaque consultissima lege sancimus⁸⁾, licere per scripturam conficiendis testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo conscripta sunt, signatam, vel ligatam, vel tantum clausam involutamve proferre scripturam vel ipsius testatori, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam eamque rogatis testibus septem numero civibus romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, etc. ».

Che in queste ultime parole si designi la forma del testamento pretorio ma solo ipoteticamente, senza cioè prescriverla come forma esclusiva, è confermato anche dall'antico interprete di questa novella colle seguenti parole⁹⁾:

« Haec lex... hoc amplius habet, ut si aliquis iure praetorio condiderit testamentum, id est quod septem testium subscriptionibus confirmatur, auctor testamenti.. ipse subscribat ». Accanto al testamento per mancipazione rimasto ormai l'unica forma di testamento civile, dopo che i due più antichi erano da tempo andati in disuso, se ne formò una nuova, il testamento pretorio. Questo si distinse dal testamento *per aes et libram* principalmente pel fatto che non occorre la mancipazione nè alcuna vendita fittizia, ma al pretore bastava l'esistenza delle *tabulae testamenti* suggellate da sette testimoni perchè egli accordasse all'erede istituito la *bonorum possessio* (*bonorum possessio secundum tabulas*), solo che il testatore avesse, così al tempo della confezione del testamento come al tempo della morte, lo *status* necessario per la validità del testamento. A queste condizioni il testamento valeva anche se fosse stato da principio invalido secondo il diritto civile o lo fosse divenuto in seguito. I frammenti dei giureconsulti romani e delle Istituzioni che si riferiscono a questo punto sono i seguenti:

⁸⁾ Da queste parole in poi la L. 21 Cod. Inst. de test., 6, 23 è presa da questa novella.

⁹⁾ RITTER, *Codex Theodosianus*, loc. cit., pag. 30.

GAIO, III, 119: « Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti hereditatem pollicetur, et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem padre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem, nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit ».

GAIO, II, 147: « Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt, vel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sint testamenta potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere; si modo defunctus testator et civis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo iuratum fit testamentum quod postea civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere ».

ULPIANO, XXIII, 6: « Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet iure civili ruptum vel irritum factum sit, praetor scriptis heredibus iuxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis romanus et suae potestatis cum moreretur fuit: quae bonorum possessio cum re, id est cum effectu habetur, si nemo alius heres sit ».

ULPIANO, XXVIII, 6: « Etiam si iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur ».

§ 2 Inst. de test. ord. 2, 10: « Sed praedicta idem nomina testamentorum ad ius civile referebantur: postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est. Iure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria ».

Soltanto in quest'ultimo testo è detto che l'editto del pretore abbia introdotto una nuova forma di testamento e TEOFILO chiama questa nella sua parafrasi testamento pretorio: « Si quis enim testatus fuerat atque hoc testamentum septem testium signis signari curaverat perficiebatur praetorium testamentum » (Versione RÉITZ). GAIo ed ULPiano non parlano invece di testamento pretorio, ma solo di *bonorum possessio secundum tabulas*. Effettivamente il così detto testamento pretorio non fu in origine altra cosa. Esso infatti giovava all'erede solo se mancava un erede civile istituito in un testamento valido *per aes et libram* o chiamato dal diritto civile alla successione intestata, il testamento pretorio non poteva revocarne uno civile nè escludere gli eredi civili intestati. Mancava dunque la caratteristica della successione testamentaria, che è quella di escludere la successione intestata; e per escludere questa non c'era prima dell'imperatore ANTONINO che un modo di testare, quello *per aes et libram* con ambedue le sue parti, la *familiae mancipatio* e la *nuncupatio testamenti*. Tutto ciò confermano i sopra riferiti passi di GAIo e di ULPiano. La *bonorum possessio* che il pretore dava all'erede *secundum tabulas* poteva essere *sine re*, cioè senza effetto se c'era un erede civile che potesse pretendere l'eredità, imperocchè fino all'imperatore ANTONINO tale erede era preferito al *bonorum possessor secundum tabulas* e poteva anzi in origine rendere *sine re* qualunque *bonorum possessio*, poteva essere invece *cum re*, cioè con effetto quando non c'era altro erede che potesse pretendere l'eredità secondo il diritto civile. Ciò è confermato non solo dal passo di ULPiano sopra citato¹⁰⁾, ma è anche esposto più diffusamente da GAIo nelle sue Istituzioni, II, 148, 149:

« Qui autem secundum tabulas testamenti quae aut statim ab initio non iure factae sint aut iure factae postea ruptae vel inritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo poesunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis advocari hereditas potest habebunt bonorum possessionem sine re ».

— 149: « Nam si quis heres iure civili institutus sit vel ex primo, vel ex posteriore testamento vel ab intestato iure legitimo heres sit,

¹⁰⁾ XXIII, 6 in fine.

is potest ab iis hereditatem avocare, si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt ».

Questo stato del diritto si mutò dopo che secondo una notizia molto importante che ci dà GAIO l'imperatore ANTONINO, non sappiamo se MARCO¹¹⁾ sotto il quale egli scrisse le Istituzioni¹²⁾, o, come altri credono¹³⁾, PIO, concesse con un suo rescritto all'erede istituito *in tabulis non iure factis* di potersi difendere con una *exceptio doli mali* contro gli eredi civili intestati che pretendessero l'eredità.

GAIO, II, 120: « Sed videamus an etiam si frater aut patruus extent potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali ».

A questo rescritto si riferisce anche senza dubbio il passo molto corrotto delle Sentenze di PAOLO, IV, 8, 2¹⁴⁾:

« Sine iure praetorio factum testamentum abiecta doli exceptione obtinebit »,

che si potrebbe restituire:

« Sane iure praetorio factum testamentum *obiecta* doli exceptione¹⁵⁾ obtinebit »¹⁶⁾.

¹¹⁾ Vedi GANS, *Scholien zum Gaius* (Scolii a Gaio), Scolio VI, pag. 282.

¹²⁾ Vedi DITTMAR, *de nomine, aetate etc. Gaii iuriconsulti Romani*, spec. I, pag. 147.

¹³⁾ Vedi SCHRADER, *Was gewinnt die Roemische Rechtsgeschichte durch Gaius Institutionen?* (Del guadagno fatto dalla storia del diritto romano colle Istituzioni di GAIO), Heidelberg 1823 pag. 31. — DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte*, ecc. (Contributi alla storia dei testamenti romani), pag. 237 seg.

¹⁴⁾ Nella *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, XVI, 3, nel *Ius civile anteinst.* dell'HUGO, II, pag. 1470.

¹⁵⁾ La restituzione proposta dal CANNEGIETER (*Ad Collat. legum Mos. et Rom.*, pag. 260 nota 6) « *abiecta doli obiecta exceptione* » e quella dello SCHULTING, *ad Pauli Sent.*, IV, 8, 2 (in *Iurisp. vetus anteinst.*, pag. 407 nota 5, « *non obiecta doli exceptione* » sono contraddette dal testo di GAIO.

¹⁶⁾ Il GANS (*Scolii a Gaio*, pag. 283 nota 6) vuol leggere *si* invece di *sane*, ma vorrebbe anche lui correggere *abiecta* in *obiecta*, correzione ritenuta necessaria anche dal PITHOU.

Questa eccezione non si limitava ai soli testamenti di maschi, ma aveva luogo anche nei testamenti di donne i quali non potessero valere per diritto civile per mancanza di forme, sia della nuncupazione, sia della mancipazione. GAIO lo dice subito dopo nel § 121:

« Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est, item ad feminarum quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint ».

Soltanto da questo momento può dirsi abbia cominciato ad esservi un vero diritto ereditario sulla base del testamento pretorio, e solo da questo momento la forma del testamento suggellato da sette testimoni diventa davvero una forma di testamento. Il testamento per mancipazione non fu però abolito, il pretore non ebbe nè potè avere anzi l'intenzione di abolirlo, egli si limitò soltanto a concedere nel suo editto la *bonorum possessio* a colui che gli presentasse un testamento scritto suggellato con un numero di suggelli non minore del numero di persone prescritte dalla legge nella mancipazione. Così suona l'editto del pretore VERRE conservatoci da CICERONE¹⁷⁾:

« Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo ».

Questo editto non fu certamente il primo dal quale ebbe origine il testamento pretorio, perchè CICERONE lo chiama *translativum*. Ve ne dovettero dunque essere prima altri del medesimo contenuto. Ma le parole *quam e lege oportet* a qual legge si riferiscono? Non si può pensare ad una legge comiziale, perchè, come giustamente osserva lo SCHWEPPE¹⁸⁾, non ne sarebbero in tal caso sparite del tutto le tracce. Lo stesso SCHWEPPE crede che la parola *lex* abbia qui il significato indeterminato di *ius* e indichi l'editto stesso che espressamente aveva prescritto i sigilli¹⁹⁾. Anche il SAVIGNY²⁰⁾ prende le

¹⁷⁾ In *Verrem*, actio II, lib. I, cap. 45 n. 117.

¹⁸⁾ *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 466 pag. 675 della 2.^a edizione.

¹⁹⁾ § 2 o meglio § 3 I, *de test. ord.* 2, 10.

²⁰⁾ Nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista della giurisprudenza storica), vol. I, pag. 86, nota 14.

parole *e lege* nel significato generale di *iure* senza riferirle ad una particolare legge comiziale, nè anche solo al diritto civile in contrapposto al pretorio. Il DEENBURG ²¹⁾ spiega le parole *e lege* con le altre *e iure civili* e crede che si riferiscano al testamento civile. Il pretore avrebbe secondo lui riconosciuto nel numero delle sottoscrizioni pari al numero minimo delle persone che doveano intervenire nel testamento civile quasi l'apparenza che le forme necessarie per questo fossero state osservate. Il GANS ²²⁾ riferisce pure le parole *e lege* al testamento *per aes et libram*, ma per un altro motivo. Secondo la sua opinione il così detto testamento pretorio sarebbe nato per la separazione della *nuncupatio testamenti* dalla *familiae mancipatio* e la *bonorum possessio secundum tabulae* altro non sarebbe stata che l'effetto del testamento nuncupativo ormai costituitosi a sè distinto dalla *familiae mancipatio*. Il senso dell'editto sarebbe il seguente: Purchè sia compiuta quella parte del testamento che si chiama *nuncupatio testamenti*, ed in ciò sia stata osservata la legge il possesso dell'eredità è concesso, senza guardare se la *familiae mancipatio* sia pure stata compiuta. La *familiae mancipatio* infatti si compieva davanti a cinque soli testimoni, non essendo il *familiae emptor* e il libripende testimoni, ma partecipi dell'atto. L'atto che seguiva, la *nuncupatio testamenti*, si faceva invece davanti a sette testimoni, perchè il *familiae emptor* e il libripende, che nella *familiae mancipatio* erano più che testimoni, nella *nuncupatio testamenti* divenivano semplici testimoni. Così si spiega secondo il citato autore perchè GAIO parli prima di cinque testimoni soli ²³⁾, poi metta anche il libripende fra i testimoni ²⁴⁾. Ma il *familiae emptor*? Quanto a questo nascono dubbii perchè nel testamento civile esso rappresentava insieme col testatore la parte principale; onde anche dal testo di GAIO, II, 105 sembra risultare che non potesse annoverarsi fra i testimoni. D'altronde nel testamento civile, come ha dimostrato in modo evidente il SAVIGNY ²⁵⁾, il suggello era apposto dai soli cinque testimoni, non

²¹⁾ *Beiträge* (Contributi), pag. 217.

²²⁾ *Erbrecht* (Diritto ereditario) II, pag. 111 seg.

²³⁾ GAIO, II, 104.

²⁴⁾ GAIO, II, 109.

²⁵⁾ *Zeitschrift*, ecc. (Rivista di giurisprudenza storica), vol. I, pag. 85 segg.

da tutte le sette persone presenti, compresi cioè il libripende e il *familiae emptor*. La parola *lex* potrebbe piuttosto riferirsi alla legge delle dodici tavole. I frammenti Vaticani dicono infatti al § 50 *man-
cipationem lex duodecim tabularum confirmat*. Ora la mancipazione richiede bensì cinque testimoni, ma col libripende e col *familiae emptor* le persone necessarie sono sette. Può dunque essere che il pretore, il quale richiedeva secondo l'analogia del testamento *per aes et libram* sette testimoni, e anche però altrettanti sigilli, colle parole *quam e
lege oportet* volesse dire semplicemente di tante persone quante secondo la legge delle dodici tavole ne debbono intervenire in una mancipazione; congettura questa che sembrerà ancor più accettabile se si metta in relazione questo editto con la legge delle dodici tavole *qui nexum faciet mancipiunque* ²⁶.

Si questiona inoltre circa il significato della parola *potissimum*. Francesco OTOMANO ²⁷) ritiene che questa sia una lezione inesatta e che invece di *potissimum hereditatem* si debba leggere *possessionem hereditatis* e di questa correzione trova conferma nelle parole stesse di CIOERONE, il quale poco appresso al capo 47 quando viene a parlare di P. TREBONIO, il quale aveva istituito eredi insieme a parecchi *virī boni atque honesti* anche il suo fratello proscritto e il suo liberto, dice: *Itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum*. Inoltre, egli aggiunge, è noto che il pretore non può fare eredi, egli perciò non poteva parlare di eredità. In contrario però si osserva che la lezione ammessa comunemente non comporta una tale critica. La parola *hereditas* è presa qua in senso obiettivo e non subiettivo, e, come giustamente nota il DERNBURG ²⁸), non significa altro che *bonorum possessio*. Piuttosto è da seguire l'acuta opinione dello SCHRADEE ²⁹) pel quale *potissimum*, sulla cui genuinità non è dubbio, indica che se anche altri avessero il possesso dell'eredità, il pretore avrebbe tuttavia preferito la persona da lui chiamata, perchè aveva mostrato *tabulas testamenti septem testium signis obsignatas*, a chi

²⁶) Vedi sopra, pag. 231) nota 28.

²⁷) *Observationes*, lib. I, cap. 2 in fine.

²⁸) *Beiträge* (Contributi), pag. 215.

²⁹) *Scritto* cit., alla nota 13, pag. 31.

avesse il possesso senza la sua autorizzazione. Se infatti noi consideriamo la notizia dataci da GAI³⁰⁾ circa la possibilità di occupazione per parte di chicchessia di un'eredità non ancora posseduta dell'erede, la quale così si poteva acquistare in pieno diritto mediante la *usuocapio pro herede*, appare chiaro che il pretore in origine colla concessione della *bonorum possessio* non tendeva a modificare il diritto di successione, bensì aveva piuttosto per scopo di porre limiti alla disordinata appropriazione per parte di chiunque delle eredità e di sostituire a questa, almeno per la massima parte dei casi, un sistema regolato. Solo più tardi questo possesso si avvicinò al vero diritto di successione e infine si venne a fondere con esso ³¹⁾.

Furono dunque due le forme di testamento privato scritto, ambedue valide, e fra le quali il testatore aveva la scelta, diverse però per gli effetti, il testamento civile per mancipazione fatto davanti a cinque testimoni e il testamento pretorio con sette testimoni e sette suggelli ³²⁾. Quest'ultimo dava diritto alla *bonorum possessio*, sebbene come testamento del diritto civile fosse invalido per difetto nella mancipazione o nella nuncupazione, purchè esistessero al tempo della morte del testatore le *tabulae signatae* ³³⁾. Questi due testamenti pertanto sono sempre indicati come ammissibili in pari grado e per lungo tempo coesisterono anche sotto gli imperatori cristiani, come già sopra notammo e come è stato dimostrato dal SAVIGNY ³⁴⁾ sulla base di parecchie costituzioni e passi di raccolte antegustiniane. A queste prove è da aggiungere ora una costituzione dell'imperatore TEODOSIO il Giovine scoperta di recente nella sua lezione completa dal prof. Gustavo HAENEL in un manoscritto di WALLERSTEIN del Breviario Alariciano, e che è la L. 7 Cod. th. *de test. et cod.* 4, 4. Le parole finali di questa costituzione fino ad ora perdute, che sono quelle che ci servono di prova, suonano, secondo la lezione pubblicata dal WENCK nella prefazione al volume II degli *Opuscula academica* dell'HAUBOLD, pag. 151 seg.:

³⁰⁾ GAI³⁰⁾, II, 52-57.

³¹⁾ Confr. specialmente SCHRADER, *Scritto cit.*, pag. 29.

³²⁾ Vedi DERNBURG, *Beiträge* (Contributi), cap. III, § 28 pagg. 239-49.

³³⁾ L. 1 §§ 2-4 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

³⁴⁾ *Rivista cit.*, vol. I, pagg. 82-91.

« In omni autem genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili existat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectam sui plenitudinem (et perfectam sui plenitudinem) sortiatur nihilque eius in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuito venerint, possint iure testimonium perhibere, videlicet ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus qui trium testium numero sint contenti. — Data: ... Victore viro clarissimo cons. ».

§ 1412 b.

Ravvicinamento e fusione dei due testamenti civile e pretorio.

È noto che in diritto giustiniano non c'è più la duplice forma di testamento fin qui descritta, ma ve n'è una sola. Ci resta dunque soltanto a mostrare brevemente quando e come sparì la distinzione fra testamento civile e testamento pretorio e dall'antico diritto si passò al nuovo diritto giustiniano. GIUSTINIANO così si esprime nel § 3 I. *de test. ord.* 2, 10:

« Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo ³⁵⁾ exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamenti imponerentur; ut hoc ius tripartitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant: subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto praetorio ».

³⁵⁾ *Quodammodo* non si trova in TEOFILO e sembra essere un'aggiunta impura, come ritiene anche il MURETO in Giano da Costa, *ad h. l.*, pag. 235; si trova però in tutte le edizioni glossate e non glossate.

Questo testo ci dà notizia come la forma di testamento del diritto giustiniano, ch'è quella tuttora in vigore, sia nata dalla fusione delle due forme di testamento già in uso prima di GIUSTINIANO. La notizia non è, a dir vero, del tutto soddisfacente, ma da essa apprendiamo almeno questo, che la trasformazione non avvenne ad un tratto, nè fu l'opera di una sola costituzione imperiale. GIUSTINIANO dice espressamente che il testamento civile e quello pretorio vennero a fondersi in uno a poco a poco, parte per consuetudine e parte per opera della costituzione. In senso contrario si è voluto dare alle parole *constitutum est* il significato che la fusione delle due forme fosse opera di una sola ed unica costituzione espressa in proposito; ma gli interpreti stessi poi disputano per sapere quale fosse tale costituzione. Il CUIACIO ³⁶⁾ crede che sia la L. 15 Cod. *de test.* 6, 23 dell'anno 339 da lui attribuita a COSTANTINO il Grande, ma che appartiene invece ai figli di questo. Questa opinione è stata confutata in modo così esauriente dal GOTOFREDO ³⁷⁾ che essa non merita più considerazione. I più degli scrittori son d'accordo nel ritenere che la fusione sia dovuta alla Novella di TEODOSIO II da noi già sopra esaminata a pag. 275 (256 dell'edizione tedesca), e che ad essa si riferiscano le parole *constitutum est* ³⁸⁾. Il SAVIGNY ³⁹⁾ ha cercato di confutare questa opinione, ma contro di lui si sono pronunciati parecchi, dei quali alcuni ⁴⁰⁾ han cercato di difendere quella vecchia

³⁶⁾ *Comm. ad L. 1, L. 20 Dig. h. t. Opera*, t. II, pag. 204-210, ediz. Hannover 1607. — Lo segue il MERILLIUS, *ad § 1 L. de test. ord.*, 2, 10, verb. *dictus*.

³⁷⁾ *Comm. ad L. 1 Cod. Th. de testamentis*, tom. I Cod. Theod. p. 376 seg. ediz. RITTER. — Vedi anche SAVIGNY, *Beitrag*, ecc. (Contributo cit.), nella *Zeitschrift*, ecc. (Rivista della giurisprudenza storica), I, pag. 80.

³⁸⁾ TREKELL, *Tractatus de origine et progressu testamentifactionis*, cap. III, § 53 — HEINECCIUS, *Antiquitates Romanae*, lib. II, tit. 10, 12 § 14. — HUGO, *Geschichte des Roem. Rechts bis auf Justinian* (Storia del diritto romano fino a Giustiniano), p. 775 dell'8.^a edizione. — HOEPFNER, *Commentar*, ecc. (Commentario alle Istituzioni di EINECCIO), § 440. — T. M. ZACHARIAE, *Institutionen*, ecc. (Istituzioni di diritto romano), lib. II, tit. 10. *Storia dei testamenti*, IV periodo, pag. 475. — SCHWEPPE, *Roem. Rechtsgeschichte* (Storia), § 477.

³⁹⁾ Loc. cit., pag. 82 seg.

⁴⁰⁾ *Heidelberge Jahrbücher der Literatur* (Annali di letteratura di Heidelberg), anno 1815, n. 44 pag. 689-93. — GANS, *Scholien zum Gaius* (Scolii a GAIUS), pag. 284.

Il COSTANTINO già al
Per l'opinione
considerazioni non prive

... da ciò che egli dice
... in un testamento cum
... subscripserint testa-
... testimoni non valeva
... per mancipazione;
... qui sufficienti
... consisteva la diffe-
... pretoria.

La nuova ~~regolazione~~ ^{interpretazione} della L. 7

... un codice di
... dove non solo è richiesta
... pro de proctorio iure sive
... monstrata la differenza

non fa cenno alcuno
a quegli testimoni dovesse es-
sere stata l'opinione
dell'anno 424 egli avea
quella civile e di quello pretorio.
Il nostro li mettere in guardia i te-
stamenti scritto se i te-
stamenti. Poichè ciò sembrava
l'imperatore ordinò che i testa-
menti in conoscere il contenuto del
presentassero chiuso e sug-
geriti affinchè essi pure lo sotto-

scrivessero e suggellassero, e il testatore dichiarasse in loro presenza che quello era il suo testamento, non può intrinseci, segue l'imperatore, *quis testis nascitur quia in eo scripta sunt testamenta*. Qui non è detto espressamente che si parli del testamento pretorio, ma non vi può essere dubbio alcuno perchè a quel tempo oltre il testamento civile davanti a cinque testimoni non si conosceva altro testamento scritto senza manipolazione e suggellato da sette testimoni che il testamento pretorio. Anche l'interpretazione dei Visigoti sopra riferita prova che la novella non può essere intesa diversamente. Lo stesso GIUSTINIANO del resto fa derivare espressamente dall'editto pretorio la necessità dei sigilli e il numero dei testimoni. TEODOSIO ha solo modificato la forma del testamento pretorio e in generale quella di ogni altro testamento scritto prescrivendo che non solo i testimoni dovessero aggiungere al sigillo la loro sottoscrizione, ma anche il testatore dovesse sottoscrivere il testamento di propria mano davanti ai testimoni o, se non sapesse scrivere, farlo sottoscrivere da un ottavo testimone a ciò espressamente chiamato. Ma anche questa prescrizione non sembra essere stata del tutto nuova, perchè noi troviamo nelle Pandette notevoli frammenti, i quali dichiarano l'apposizione del nome dei testimoni nel testamento scritto necessaria come il loro sigillo, anzi ritengono che questo senza quella non abbia alcun valore⁴³. È dunque molto probabile che già lungo tempo

⁴³) L. 22 § 4 Dig. h. t. « ULPIANUS, libro 29 ad *Edictum*. Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset; sed et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus ».

L. 3) Dig. *ead.* « PAULUS, libro III *Sententiarum*. Singulos testes, qui in testamento adhibentur proprio chirographo adnotare convenit quis et cuius testamentum signaverit ».

Il GUYET, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts* (Dissertazioni nel campo del diritto civile) n. III, pag. 34 seg., intende per *proprio chirographo* un documento diverso dal testamento, nel quale ogni testimonio abbia dichiarato chi egli sia e di chi sia il testamento da lui suggellato, di guisa che nel testamento pretorio, al quale è secondo quell'autore da riferirsi il testo, accanto al testamento stesso vi sarebbe stata una specie di *rotulus testium*. Ma contro questa spiegazione sta l'osservazione che ULPIANO non parla affatto di ciò e che di questo singolare istituto del *rotulus testium* non è traccia alcuna, tranne nel testo di PAOLO secondo questa spiegazione ap-

opinione, altri a lor volta hanno sostenuto che la mancipazione fosse già andata in disuso se non ai tempi dei figli di COSTANTINO già al tempo della costituzione di ARCADIO e ONORIO ⁴¹⁾, ⁴²⁾. Per l'opinione del SAVIGNY si possono fare le seguenti considerazioni non prive certo di valore.

1.° La distinzione tra testamento civile e testamento pretorio appare esistente ancora al tempo di ARCADIO da ciò che egli dice nella sua costituzione, non essere attaccabile un testamento *cum quinque (signatores) huic (sc. testatori) non ignari subscripserint testamentum*; ora un testamento sottoscritto da cinque testimoni non valeva per diritto civile altrimenti che come testamento per mancipazione; ed è questo appunto il motivo perchè si ritenevano qui sufficienti cinque *signatores* o testimoni e appunto in ciò consisteva la differenza fra testamento civile e testamento pretorio.

2.° L'esistenza di ambedue i testamenti civile e pretorio è provata pel tempo di TEODOSIO II dalla nuova restituzione della L. 7 Cod. Th. *de testamentis* 4, 4 data dall'HAENEL secondo un codice di WALLENSTEIN e già da noi sopra riferita, dove non solo è richiesta la *unitas actus in omni genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili consistat*, ma è anche espressamente menzionata la differenza dei cinque o dei sette testimoni.

3.° La novella dell'imperatore TEODOSIO II non fa cenno alcuno che il testamento civile sottoscritto da cinque testimoni dovesse essere abolito; e ciò avrebbe dovuto dirsi se tale fosse stata l'opinione dell'imperatore, perchè nella sua costituzione dell'anno 424 egli avea fatto menzione espressa del testamento civile e di quello pretorio. Lo scopo del legislatore era solo quello di mettere in guardia i testatori contro l'errore di ritenere nullo il testamento scritto se i testimoni non ne avessero conosciuto il contenuto. Poichè ciò sembrava ritenersi necessario per consuetudine, l'imperatore ordinò che i testatori potessero testare in iscritto senza far conoscere il contenuto del loro testamento ai testimoni, purchè lo presentassero chiuso e suggellato ai sette testimoni a ciò chiamati affinchè essi pure lo sotto-

⁴¹⁾ L. 3 § 1 Cod. Th. *de testam.* 4, 4.

⁴²⁾ DERNBURG, *Bemerkungen* (Osservazioni), § 29 pag. 252 segg.

scrivessero e suggellassero, e il testatore dichiarasse in loro presenza che quello era il suo testamento, *nec ideo infirmari*, segue l'imperatore, *quia testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento*. Qui non è detto espressamente che si parli del testamento pretorio, ma non vi può essere dubbio alcuno perchè a quel tempo oltre il testamento civile davanti a cinque testimoni non si conosceva altro testamento scritto senza mancipazione e suggellato da sette testimoni che il testamento pretorio. Anche l'interpretazione dei Visigoti sopra riferita prova che la novella non può essere intesa diversamente. Lo stesso GIUSTINIANO del resto fa derivare espressamente dall'editto pretorio la necessità dei suggelli e il numero dei testimoni. TEODOSIO ha solo modificato la forma del testamento pretorio e in generale quella di ogni altro testamento scritto prescrivendo che non solo i testimoni dovessero aggiungere al sigillo la loro sottoscrizione, ma anche il testatore dovesse sottoscrivere il testamento di propria mano davanti ai testimoni o, se non sapesse scrivere, farlo sottoscrivere da un ottavo testimone a ciò espressamente chiamato. Ma anche questa prescrizione non sembra essere stata del tutto nuova, perchè noi troviamo nelle Pandette notevoli frammenti, i quali dichiarano l'apposizione del nome dei testimoni nel testamento scritto necessaria come il loro sigillo, anzi ritengono che questo senza quella non abbia alcun valore⁴³). È dunque molto probabile che già lungo tempo

⁴³) L. 22 § 4 Dig. h. t. « ULPIANUS, libro 29 ad Edictum. Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset; sed et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus ».

L. 33 Dig. eod. « PAULUS, libro III Sententiarum. Singulos testes, qui in testamento adhibentur proprio chirographo adnotare convenit quis et cuius testamentum signaverit ».

Il GUYET, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts* (Dissertazioni nel campo del diritto civile) n. III, pag. 34 seg., intende per *proprio chirographo* un documento diverso dal testamento, nel quale ogni testimonio abbia dichiarato chi egli sia e di chi sia il testamento da lui suggellato, di guisa che nel testamento pretorio, al quale è secondo quell'autore da riferirsi il testo, accanto al testamento stesso vi sarebbe stata una specie di *rotulus testium*. Ma contro questa spiegazione sta l'osservazione che ULPIANO non parla affatto di ciò e che di questo singolare istituto del *rotulus testium* non è traccia alcuna, tranne nel testo di PAOLO secondo questa spiegazione ap-

prima di TEODOSIO siano state emanate costituzioni circa la necessità della sottoscrizione dei testimoni, perocchè PAOLO ed ULPIANO parlano di questa nei citati frammenti delle Pandette come di cosa ben nota. Così si spiega anche la notizia dataci da GIUSTINIANO nel citato passo delle Istituzioni che la sottoscrizione dei testimoni sia stata prescritta dalle costituzioni⁴⁴⁾. Parimente la sottoscrizione del testatore era in uso già da prima. Accadeva spesso infatti che i testatori anzi che scrivere i loro testamenti da sè stessi, li facessero scrivere da altri, per esempio da uno schiavo, da un liberto, da un figlio, da un amico⁴⁵⁾. In tali casi i testatori secondo ogni probabilità sottoscrivevano il testamento e così la sottoscrizione del testatore è menzionata già nelle Pandette⁴⁶⁾ come una cosa ordinaria. La novità stabilita nella costituzione di TEODOSIO fu forse soltanto la prescrizione che il testatore dovesse sottoscrivere in ogni caso, anche quando avesse scritto il testamento da sè. In questo senso anche GIUSTINIANO nella L. 28 § 1 Cod. *de testamentis* 6, 23, dove riforma questo punto del diritto, si riferisce alla *constitutio quae de testamentis ordinandis processit*, la quale non può essere altra che questa costituzione di TEODOSIO. È certo tuttavia che senza l'esistenza di questi

punto. La parola *chirographum* indica in generale tutto ciò che si è scritto di propria mano, *proprio chirographo* non significa dunque altro nel testo che *propria manu*, significato del resto assai frequente presso i classici. Molti esempi citano lo SCHELLER, *Lateinisch-deutsches Lexicon* (Dizionario latino-tedesco) voce *chirographum*, e il GESSNER, *Thesaurus linguae et eruditionis Romanae*, h. v.; quest'ultimo anzi cita appunto fra gli esempi la nostra L. 30.

⁴⁴⁾ Anche il LOWHR nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. VI, pag. 335, nota 21, dice non potersi sostenere che TEODOSIO prescrivendo la necessità dei sigilli e delle sottoscrizioni abbia voluto dare una disposizione nuova. Il vero oggetto della costituzione secondo quell'autore è invece solo che i testimoni non debbano conoscere il contenuto del testamento, e che basti l'osservanza della forma enunciata; se e quanto vi sia di nuovo in tale forma la legge non lascia comprendere.

⁴⁵⁾ L. 1 § 8; L. 5; L. 15 Dig. *de lege Corn. de falsis*, 48, 10; L. 27, 28 Dig. h. t. Vedi BRISSONIO, *de formulis et solemnibus populi Romani verbis*, lib. VII, cap. 4, p. 560, edizione Bach. — HEINECCIUS, *Antiquitates Romanae*, lib. II. tit. 10 § 9.

⁴⁶⁾ L. 40 § 3 Dig. *de statuliberis*, 40, 7; L. 15 pr. § 1, 2 Dig. *de lege Cornelia de falsis*, 48, 10.

requisiti non poteva esser data neppure la *bonorum possessio secundum tabulas*, e PAPINIANO ⁴⁷⁾ infatti dice espressamente *ius praetorium ius civile subsequitur*. Quando pertanto il diritto civile nuovo introdusse nuovi principii fondamentali anche il pretore dovette, come giustamente interpreta le parole di PAPINIANO il KOCH ⁴⁸⁾, seguire tali principii e modificare il suo diritto pretorio ⁴⁹⁾. Anche l'*unitas actus* è un requisito non nuovo che già era prescritto da prima nei testamenti civili e pretorii ⁵⁰⁾ e che lo stesso imperatore TEODOSIO aveva, come fu già osservato, confermato in una precedente costituzione. Questo requisito non deve essere inteso nel senso che il testamento scritto debba essere redatto nello stesso giorno in cui si compie la solennità della presentazione ai testimoni; le due cose possono avvenire anche in tempi diversi. GIUSTINIANO fa derivare questo requisito dal diritto civile, mentre la sottoscrizione dei testimoni e del testatore deriva secondo lui dalle costituzioni. Con queste prescrizioni non si deve però ritenere abolito il testamento nuncupativo, perchè scopo principale dell'imperatore fu di richiamare in vigore i testamenti scritti andati quasi in disuso per una falsa intelligenza della nuncupazione del testamento civile e di prescrivere che i testimoni non potessero pretendere di conoscere il contenuto del testamento. Però il testamento nuncupativo non può valere se il testatore non segue le prescrizioni contenute in questa costituzione pel testamento scritto, cioè dichiara davanti a sette testimoni a ciò specialmente chiamati, e con unico atto e in uno stesso tempo, di voler fare testamento orale e quindi i testimoni ascoltano la sua dichiarazione di ultima volontà. Ecco come si esprime la costituzione in proposito:

« Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura. testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est,

⁴⁷⁾ L. 14 Dig. de testibus.

⁴⁸⁾ *Bonorum possessio*, § 8 pag. 186.

⁴⁹⁾ Il KOCH, § 25, pag. 255, dice tuttavia che « l'opinione sostenuta dallo STRYKIO e da quasi tutti i moderni che i semplici *signa* non bastassero più, ma occorresse secondo le nuove costituzioni anche la sottoscrizione dei testimoni, non è per ciò dimostrabile ».

⁵⁰⁾ L. 21 § 3 Dig. h. t.; L. 20 § 8 Dig. eod.; L. 8; L. 12 Cod. de testam., 6, 23. DERNBURG, *Contributi*, § 29, pag. 251 seg.

simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint, non ut suum, quod adsolet fieri, narrantis arbitrium, hoc est ut manifeste testari se sub iisdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis promittat arbitrium ».

Le parole *non alias valere*, ecc., significano evidentemente che i testatori sollevano dichiarare le loro ultime volontà davanti a cinque soli testimoni, come era prescritto pei testamenti civili ⁵¹), ma questo non deve più valere e ogni testamento orale deve aver luogo davanti a sette testimoni, sottintendendosi così che qui come nel testamento scritto la mancipazione è venuta a mancare. Anche la prescrizione dell'imperatore TEODOSIO circa il numero di sette testimoni necessari nel testamento nuncupativo non era del tutto nuova; ai tempi di GORDIANO era anzi già noto che un testamento orale fatto davanti a un numero di testimoni uguale a quello dei testimoni che dovevano sottoscrivere e suggellare un testamento scritto dava origine alla *bonorum possessio secundum tabulas* come un testamento scritto ⁵²) e già molto tempo prima di TEODOSIO, si riteneva anche per diritto civile valido un testamento senza mancipazione se fosse stato fatto davanti a sette testimoni. Tutto ciò appare da una importantissima costituzione di GORDIANO dell'anno 243, la L. 2 Cod. *de bonorum poss. sec. tab.* 6, 11:

« Imperator GORDIANUS A. CORNELIO, Bonorum quidem possessionem ex edicto Praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sint, peti posse, in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, iure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati iuris est ».

Anche ULPIANO nella L. 21 pr. Dig. h. t. parla senza dubbio del testamento nuncupativo del diritto civile:

⁵¹) DERNBURG, *Contributi*, pag. 253 seg.

⁵²) La L. 8 § 4 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11, prova che già ai tempi di GIULIANO si concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas* sulla base di un testamento nuncupativo fatto davanti a sette testimoni. — Vedi KOCH, *Bonorum possessio*, § 22, pag. 238.

« Heredes palam ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere; sed si nuncupat palam debet. Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possint, exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire ».

Quale sia questo *numerus sollemnis* appare dalla costituzione di GORDIANO ⁵³).

Fin qui lo stato del diritto era il seguente. I testamenti erano scritti o nuncupativi, i secondi non valevano se non fatti *uno actu* davanti a sette testimoni espressamente chiamati, i primi erano di due specie, o civili mediante mancipazione davanti a cinque testimoni, o pretorii. Non è da credere che i testamenti scritti civili fossero stati aboliti perchè TEODOSIO nella sua prima costituzione, L. 7 Cod. Th. *de testam.*, 4, 4, secondo la nuova completa restituzione dell'HAENAL, fa ancora menzione del testamento *civili iure conditum* davanti a cinque testimoni, e nella costituzione più recente non dice che esso sia stato abolito; inoltre il ben noto attaccamento alla forma dei Romani fa credere che fin che si fecero testamenti davanti a cinque testimoni secondo il diritto civile abbia avuto luogo anche la mancipazione, come per esempio nell'emancipazione dei figli rimase in uso fino a GIUSTINIANO la vendita simbolica. La seconda specie di testamenti scritti era quella dei testamenti pretorii fatti senza mancipazione davanti a sette testimoni i quali suggellavano il testamento e lo sottoscrivevano *uno actu* insieme col testatore. Così la novella di TEODOSIO concorda pienamente anche con una più recente emanata dal suo genero VALENTINIANO III, imperatore di Occidente nell'anno 446 (*Novellae Valentiniani*, titolo IV secondo il RITTER ⁵⁴), tit. 21, const. 1, secondo l'HUGO ⁵⁵), la quale sotto il titolo *de testamentis*, dice al § 2:

« Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, ecc. ».

⁵³) SCHILLING, *Bemerkungen über Röm. Rechtsg.* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 376, nota 1056.

⁵⁴) *Cod. Theod.*, tomo VI, parte II, pag. 108 seg.

⁵⁵) *Ius civile anteiust.*, tom. II, pag. 1320 seg.

VALENTINIANO considera qui tutte le possibili forme di testamento e poichè ai testamenti civile e pretorio contrappone come una terza forma il testamento nuncupativo, non può essere dubbio che le parole *iure civili atque praetorio iudicia suprema componere* si riferiscano, secondo la giusta osservazione dello SCHILLING ⁵⁶), soltanto alla forma di testamento scritto. Al tempo di questa novella era dunque ancora in uso il testamento civile scritto davanti a cinque testimoni e di ciò è conferma il § 4 della stessa novella:

« Ideo quia minutiis praeae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere voluntatem, cui multum roboris erit, si vel *septem vel quinque* testibus muniatur ».

Esso dunque non poteva essere stato abolito al tempo di TEODOSIO II, perchè il genere di questo imperatore si sarebbe ben guardato altrimenti di mandare come valide per ambedue gli imperi quelle fra le sue novelle che contraddicessero al contenuto della novella di TEODOSIO. La mancipazione che restava ancora nel testamento scritto civile davanti a cinque testimoni sparì però a poco a poco e dovette sempre più perdere il suo valore, posto che si poteva fare un testamento valido anche senza mancipazione purchè si facesse scritto o verbale davanti a sette testimoni espressamente chiamati il cui numero suppliva le solennità della mancipazione. Non è però possibile determinare quando la mancipazione sia andata del tutto in disuso. Certo è che la distinzione fra le due antiche forme di testamento civile e pretorio nell'impero d'Oriente era già sparita prima di GIUSTINIANO. Ma poichè GIUSTINIANO accolse nel suo codice la costituzione di TEODOSIO II, questa non può secondo lo spirito della legislazione Giustiniana essere intesa altrimenti che di un'unica forma di testamento valido solo se fatto davanti a sette testimoni, sia in iscritto, sia verbalmente. Nell'impero d'Occidente quella distinzione fu mantenuta più lungo tempo e se ne trovano tracce anche dopo la caduta di quell'impero, come ha dimostrato il SAVIGNY ⁵⁷) sulla base di testi dell'editto del re ostrogoto TEODORICO dell'anno 500

⁵⁶) *Bemerkungen, ecc.* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), p. 370, nota 1056.

⁵⁷) *Zeitschrift, ecc.* (Rivista cit.), I, pag. 90.

e della legge dei Burgundii conosciuta sotto il nome di PAPIANI RESPONSA, non che di altre testimonianze, dalle quali tutte risulta che i testamenti si potevano fare davanti a cinque o a sette testimoni.

Da tutto ciò deriva che le parole *constitutum est* nel § 3 I. *de testamentis ordinandis*, 2, 10, non si possono riferire ad una costituzione unica la quale abbia fuso le due forme di testamenti dell'antico diritto; una tale costituzione non è mai esistita nè in tal senso può essere intesa la novella di TEODOSIO II, perchè a quel tempo le due forme di testamenti esistevano ancora, come si è dimostrato. La nuova forma di testamento deve dunque essersi formata più tardi dopo che fu sparita la forma della mancipazione e con questa la differenza fra testamento civile e testamento pretorio. L'espressione *constitutum est* deve dunque riferirsi alla graduale fusione delle due forme di testamenti, e il senso del testo è dunque il seguente: Dopo che a poco a poco per la consuetudine e per effetto di costituzioni modificatrici, fra le quali anche la novella di TEODOSIO, le due forme di testamento civile e pretorio si fusero in una, *constitutum est*, cioè non fu ordinato ma divenne diritto vigente (TEOFILO ha molto esattamente riprodotto ciò colla parola *ἐπαρτησεν. obtinuit*), o in altre parole si formò a poco a poco una nuova forma nella quale si richiese la presenza di sette testimoni nel medesimo tempo, requisito che derivava dal diritto civile, la sottoscrizione dei testimoni, requisito introdotto dalle costituzioni, l'apposizione del sigillo di questi, ciò che si prese dall'editto del pretore; di maniera che il diritto vigente ha triplice origine: la necessità della presenza contemporanea e continua dei testimoni deriva dal diritto civile, la sottoscrizione del testatore e dei testimoni dalle costituzioni imperiali, il numero di essi e l'apposizione del suggello dall'editto del pretore. Tale risulta dalle Istituzioni la storia non troppo chiara delle forme dei testamenti: vedremo in seguito le riforme di GIUSTINIANO.

§ 1412 c.

Forma attuale del testamento privato regolare.

I requisiti del testamento privato ordinario, per ciò che attiene alla forma esteriore, sono alcuni generali, pertinenti cioè alla forma regolare di ogni testamento privato, sia nuncupativo, sia scritto, altri speciali, proprii cioè del solo testamento scritto o del solo testamento nuncupativo. Fra i requisiti generali sono:

1.° La presenza prescritta dalla legge di sette testimoni capaci espressamente chiamati. Il motivo per cui in un testamento si richiedono più di due testimoni, mentre di regola nelle altre materie la concorde dichiarazione di due testimoni ineccezionabili fa piena prova ⁵⁸⁾, è quello di impedire le falsificazioni e di assicurare la certezza dell'ultima volontà. La L. ult. Cod. *de fideicommissis*, 6, 42 dice:

« Lex etenim ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum maiorem numerum testium expostulat ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur ».

Il motivo per cui si richiedono appunto sette testimoni è poi puramente storico. GIUSTINIANO deriva questo requisito dall'editto del pretore e il pretore a sua volta lo trasse dall'analogia del testamento civile, nel quale tante appunto erano le persone che dovevano intervenire ⁵⁹⁾. Contro questa opinione Ferdinando Augusto HOMMEL, noto come autore sotto il nome di Federico BERGMANN ⁶⁰⁾, ha elevato molte

⁵⁸⁾ L. 12 Dig. *de testibus*.

⁵⁹⁾ Vedi MERILLIUS, *Observationes*, lib. VIII, cap. 37. — TREKELL, *Tractatus de origine et progressu testamenti factionis*, cap. III, § 45 seg., § 55. — PÜTTMANN, *Probabilia iuris civilis*, lib. II, cap. 2, pag. 14. Il TREKELL vuol fare dell'antestatus la settima persona. Vedi però SCHELTINGA, *Dissertatio de emancipationibus*, pars I. cap. 2, § 2-5 in FELLEBERG, *Iurisprudentia antiqua*, tom. II, pag. 485 seg. e il § 158 di questo *Commentario*.

⁶⁰⁾ *Meditatio de numero septenario testium in testamentis*, Lipsia 1731, rec. 1748, § 17. Vedi pure GEDICKE, *Geschichte des Glaubens an die Heiligkeit der Zahl sieben* (Storia della credenza nella santità del numero sette), nella *Berline Monatschrift* (Rivista mensile Berlese), dicembre 1791, n. 3, pag. 494 seg.

obiezioni e vi ha contrapposto la congettura che il numero di sette testimoni sia dovuto piuttosto alla dottrina pitagorica secondo la quale il numero sette è numero santo e perfetto. Ma questa congettura è stata confutata ampiamente dal TREKELL ⁶¹⁾; e del resto anche nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I, titolo 1, *dei testamenti*, §§ 7, 8, è prescritto il numero di sette testimoni.

2.° Il secondo requisito generale di ogni testamento privato è l'unità dell'atto. Senza dubbio anche questo requisito deriva dal *ritus mancipationis* dell'antico testamento *per aes et libram*, che non poteva essere interrotto da nessuna azione estranea al testamento e doveva essere compiuto tutto nel medesimo tempo ⁶²⁾. Perciò GIUSTINIANO dice che il diritto civile richiedeva questa unità. Essa è poi richiesta anche dall'ordinanza notarile al § 7 del titolo I dei testamenti colle seguenti parole: « nello stesso tempo e giorno, senza che possa essere interrotto da alcun altro atto estraneo o da alcuna mora, salva una assenza per soddisfare un bisogno corporale che sia di breve durata ».

§ 1413.

Presenza dei testimoni e loro qualità.

Perchè la presenza dei testimoni sia secondo la legge occorre in primo luogo che essi siano stati specialmente invitati ad assistere al testamento, sia che siano stati pregati di trovarsi a tale scopo presso il testatore, sia che, trovandosi già per altro motivo radunati presso di questo, siano stati informati dell'intenzione del testatore di far testamento davanti a loro ⁶³⁾. ULPIANO dice nel libro II *ad Sabinum* ⁶⁴⁾:

« In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse

⁶¹⁾ *Trattato cit.*, loc. cit., §§ 46, 50.

⁶²⁾ TREKELL, *Tract. cit.*, cap. 3, § 57. — PÜTTMANN, loc. cit.

⁶³⁾ HOYER, *Disputatio de rogatione testium in testamentis*, Regiomonti 1705. — TREKELL, *Tract. cit.*, cap. III, § 56, pag. 192-94.

⁶⁴⁾ L. 21 § 2 Dig. h. t. Nella ordinaria testimonianza non è necessaria la rogatio. L. 11 Dig. de testibus.

idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorescentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere».

Nell'ordinanza notarile tit. I, § 3 questo requisito è confermato colle seguenti parole:

« Nei testamenti occorre non solo che vi siano i testimoni, ma anche che questi siano stati espressamente invitati ad assistere al testamento o, almeno, se essi si trovavano già riuniti per caso siano stati informati esplicitamente dell'intenzione del testatore ».

L'origine di questa *rogatio testium* si fa derivare, non senza buoni motivi, dal *ritus mancipationis* del testamento per *aes et libram* ⁶⁵⁾ nel quale infatti era richiesta la solennità di tale *rogatio*, sia perchè nessuno poteva essere costretto a fare il testimonio, onde la formula: *licet antestari?* e l'ammonizione diretta ad ogni testimonio *memento quod tu mihi in hac causa testis eris* ⁶⁶⁾, la quale poi era ripetuta anche nella formula di nuncupazione *itaque vos Quirites testimonium perhibetote*, sia perchè i testimoni sapessero per quale scopo erano stati radunati. Alcuni ⁶⁷⁾, credono che questa *rogatio* sia stata fatta da una persona diversa dai testimoni della mancipazione, la quale riuniva i testimoni e toccando loro l'orecchio li invitava a stare attenti: questa persona sarebbe stata l'*antestatus* così chiamato da *antestari*, parola che significa *tactis auriculis alterum testem advocare* ⁶⁸⁾. In una antica iscrizione in GRUTERO ⁶⁹⁾ e nell'epitome visigota di GAIO, si trova veramente menzione dell'*antestatus* e CLEMENTE di Alessandria ⁷⁰⁾ parla appunto a proposito del testamento

⁶⁵⁾ OTTONE, *de iurisprudentia symbolica*, Traject. ad Rhenum 1730, exerc. II, cap. 3, pag. 142 seg. — TREKELL, *Tract. cit.*, cap. III, § 14, pag. 89 seg.

⁶⁶⁾ ACRO et PORPHYRIUS *ad Horatium Sermon.* lib. I, eccl. 9, v. 76. — OTTO, loc. cit., pag. 143.

⁶⁷⁾ MERILLIUS, *Observationes*, lib. VIII, cap. 37. — TREKELL, loc. cit., pag. 93.

⁶⁸⁾ HEINECCIUS, *Antiquitates romanae*, I, 12, 7.

⁶⁹⁾ *Op. inscriptionum*, pag. MLXXXI. Il BRUMMER, *Comm. ad legem Cinciam*, cap. XIV negli *Opuscula* edit. da BERGER, pag. 211 seg., ha spiegato ampiamente questa iscrizione.

⁷⁰⁾ *Stromat.*, lib. V, pag. 574. A ciò sembra riferirsi anche la L. 21 pr. Dig. *de furtis*, 47, 2, dove TREBAZIO dice: « Qui aurem alienius tetigis, totum eum videri tetigisse »

per aes et libram di ὧτων ἐπιφύσεις (*aurium tactiones*). Ma non si può dire se questo *antestatus* sia stata una persona diversa dagli altri intervenuti nella mancipazione. Certo è che nè GAIO veronese, nè ULPIANO, nè GIUSTINIANO, nè TEOFILO parlano dell'*antestatus*. Poichè la rogazione dei testimoni ha fondamento in ragioni di ordine naturale ne fu ammessa la necessità anche nelle leggi moderne; essa è necessaria, sia per informare i testimoni dell'intenzione del testatore e prepararli così ad intervenire ad un testamento, sia perchè l'intenzione seria di fare un testamento si riconosca più facilmente ⁷¹⁾. Se pertanto non avvenga la rogazione il testamento, non vale, ancor che il testatore abbia dichiarato il nome del suo erede davanti ad una radunanza di tante persone quante sono richieste per testimoni. Ma se dal testamento stesso risulta che i testimoni sono stati espressamente invitati ad assistere come tali al testamento, come se per esempio i testimoni abbiano dichiarato ciò nella loro sottoscrizione, non si richiede altra prova. Inoltre nel testamento scritto la rogazione si deve ritenere avvenuta pel solo fatto che i testimoni abbiano sottoscritto e suggellato l'atto finchè non sia provato il contrario ⁷²⁾. Altre presunzioni però non sono ammesse ed essa deve come una *res facti* esser provata da coloro che accampano diritti in base ad un testamento per la validità del quale è richiesta appunto l'osservanza di questa forma ⁷³⁾. Secondo l'opinione comune ⁷⁴⁾ si ritiene che in dubbio la *rogatio testium* debba essere provata dall'erede tanto nel testamento scritto quanto in quello orale; ma l'espressione di GAIO, L. 13, § 2 Dig. de Publ. act. 6, 2, dalla quale si argomenta, *qui a pupillo emit probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emis*, non fa al caso nostro, poichè la legge, come appare dall'in-

⁷¹⁾ HOYER, *Disp. cit.*, § 4.

⁷²⁾ PUFFENDORF, *Observationes iuris universi*, tom. II, obs. 144. Vedi L. ult. Cod. de edicto divi Hadriani tollendo, 6, 33.

⁷³⁾ WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess* (L'obbligo della prova nel processo civile), pag. 278 seg.

⁷⁴⁾ STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. 15, § 17. — MÜLLER, *ad Struvium*, exerc. 32, th. 10, nota n, n. V, pag. 649. — VINNIO, *Comm. ad § 3 I. de test. ord.* — HOYER, *Diss. cit.*, §§ 18, 19. — LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pandectarum*, h. t., § 57 in fine. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, tom. II, § 1262 nota d.

sieme del testo, tratta del caso che il compratore delle cose di un pupillo le rivendichi coll'azione Publiciana. In tal caso il rivendicante deve naturalmente provare il proprio dominio presunto e quindi di avere acquistato la cosa in forma valida ⁷⁵). Se si volesse argomentare da questa decisione si dovrebbe piuttosto distinguere fra il caso che alcuno accampi un diritto in base ad un testamento, la cui validità dipende dall'avvenuta rogazione, e il caso in cui altri impugni la validità del testamento per il difetto di tale validità. Nel primo caso l'esistenza della rogazione dovrebbe esser provata da colui che ne vuol derivare diritti, nel secondo al contrario dovrebbe esserne provata la mancanza da colui che impugna la validità del testamento ⁷⁶). Del resto non occorre che la rogazione sia fatta dal testatore stesso, essa può esser fatta per suo incarico anche da un terzo aggiunto a tal fine all'atto del testamento, per esempio da un notaro ⁷⁷).

2° I testimoni debbono trovarsi in tale rapporto di vicinanza col testatore da poterlo non solo udire, ma anche vedere ⁷⁸); e ciò allo scopo di evitare frodi nella confezione del testamento, come d'altro lato per questo stesso scopo di evitare le falsificazioni in ogni modo ⁷⁹) è richiesto in quest'atto un numero maggiore di testimoni che nei negozi tra vivi. La necessità di questo requisito si suole argomentare dalla L. 9 Cod. *de testamentis* 6, 23 dove gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO rescrivono:

⁷⁵) WEBER, *Scritto citato*, pag. 290.

⁷⁶) L. 11 Cod. *de probat.*, 4, 19. STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, tomo II, ex. 28, th. 6 in fine. — BORST, *Ueber die Beweislast im Civilprocess* (Sull'onere della prova nel processo civile). § 69.

⁷⁷) HOYER, *Diss. cit.*, § 6. — MEIER, *Collegium iuris argentorat.*, h. t., th. 13. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.*, h. t., § 57. — HOEFFNER, *Commentar über die Heineccische Institutionen* (Commentario alle Istituzioni di Eineccio), § 445, pag. 475.

⁷⁸) LAUTERBACH, *Collegium th. pr. Pand.*, h. t. § 58. — RANCHINUS, *Variae lectiones*, lib. 2°, cap. 6, in OTTONE, *Thesaurus*, tom. V, pag. 941. — VOET, *ad Pandectas*, tom. II, h. t., § 6. — M. G. WERNHER, *Lectissimae commentationes in Pandectas*, p. II, h. t., § 22. — WESTPHAL, *Theorie des Römischen Rechts von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 182, pag. 133. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III, § 476, pag. 72.

⁷⁹) L. 32 Cod. *de fideicomm.*

« Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet ».

Ma questa legge ha tutt'altro significato. I testimoni debbono fare l'ufficio loro in presenza del testatore; essi pertanto debbono non solo firmare, ma anche suggellare il testamento davanti al testatore; e se per esempio questi mandasse loro il testamento a casa perchè vi apponessero i loro suggelli, il testamento sarebbe nullo; sarebbe nullo anzi anche se un solo testimone se lo fosse portato a casa per apporvi il proprio suggello. Questo è il vero significato della legge che vien confermato in primo luogo dai Basilici ⁸⁰).

Ἐὰν οἱ μάρτυρες μὴ ἐν' ὄψει τοῦ διατιθεμένου σφραγίσωσι τὴν διαθήκην, ἄχρηστος ἔστιν. εἰ μὴ ἄρα προνόμιον ἰδικὸν ἔστιν ἐν ταύτῃ τῇ πόλει, ὥστε μὴ ἔπ' ὄψει τοῦ διατιθεμένου τὰ σφραγίσαι ἐπιτίθασθαι. « Si testes non in conspectu testatoris signaverint testamentum inutile est: nisi speciale privilegium sit in ea civitate ut testes in conspectu testatoris sigilla non imponant ».

In secondo luogo serve a spiegazione di questa legge anche un'altra costituzione degli stessi imperatori, la L. 12 Cod. *eodem*:

« Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit testamentum ».

Si vede da ciò che *in conspectu testatoris* non significa altro che *coram testatore* o, come dice GIUSTINIANO ⁸¹), *sub praesentia testatoris*. E il motivo di questa disposizione è anche questo, che altrimenti l'unità dell'atto sarebbe distrutta. Non si può dunque negare che l'espressione *in conspectu alicuius* è usata il più spesso nel senso attivo ⁸²); anzi il KOCH ⁸³) ha cercato di dimostrare che in tal senso

⁸⁰) XXV, 2. 9 (tomo IV, p. 774 ediz. FABROT).

⁸¹) L. 30 Cod. *de test.*, 6, 23.

⁸²) GRÄNER, *Thesaurus linguae et eruditionis romanae*; v. *conspectus*, tom. I. pag. 1190.

⁸³) KOCH, *Programma de conspectu testatoris*, ad L. 9 C. *de testam.* Giesae 1755.

sia usata anche nella nostra legge, di guisa che l'espressione *in conspectu testatoris* significhi secondo lui, in vista, davanti agli occhi del testatore, in altre parole, la legge vuol dire che il testatore deve vedere i testimoni, benchè a dir vero per la comune opinione sono i testimoni che debbono vedere il testatore. Ma è anche noto che questa espressione è usata spesso nel senso passivo, cioè nel senso di essere veduto da alcuno ⁸⁴). Che cosa ci vieta dunque di prenderla qui in ambedue i significati, posto che la presenza dei testimoni davanti al testatore fa supporre che essi pure vedano quello? Se si volesse prendere l'espressione *conspectus testatoris* nel senso rigorosamente attivo e intendere così che sia necessario soltanto che il testatore veda i testimoni, ne deriverebbe che un cieco non potrebbe testare perchè egli non può vedere i testimoni, ciò che certamente non ha voluto il legislatore essendo notorio che ai tempi degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO anche i ciechi potevano testare ⁸⁵). Si aggiunga che gl'imperatori avevano probabilmente da decidere un caso di testamento scritto, onde non può esser dubbio che le parole *in conspectu testatoris* fossero prese nel significato passivo di esser veduto dai testimoni. Se si tratta di un testamento verbale, i testimoni debbono poter vedere il testatore per persuadersi della identità della sua persona, altrimenti non sarebbe possibile ottenere quella *perfectissima veritas* che secondo la L. 32 Cod. *de fideicom.* è la ragione del maggior numero di testimoni. È anzi per questa stessa ragione che nel testamento del cieco si richiede ancora un testimonio di più, *ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus in coecis testandi licentia* ⁸⁶).

Consegue da ciò che un cieco non può fare da testimone in un testamento. Pel testamento scritto ciò è fuori di dubbio. Dovendo

⁸⁴) Per esempio, CICERONE, *ad Atticum*, lib. VII, ep. 10, in *Verrem*, V, c. 33, 66, *de finibus boni et mali*, V, 31. — VALERIO MASSIMO, I, c. 6. — PLINIO, *Panegyricum*, cap. 22, L. 38 Dig. *de serv. praed. urb.*, 8, 2. Vedi SCHELLER, *Lateinisch-deutsches Lexicon* (Dizionario latino-tedesco), v. *conspectus*.

⁸⁵) PAOLO, *Rec. Sent.*, III, 4 a, 4. Vedi sopra § 1406 d.

⁸⁶) L. 8 Cod. *qui test. fac. poss.*

infatti il testimone non solo sottoscrivere di propria mano e suggellare il testamento, ma anche, occorrendo, riconoscere la propria firma e il proprio sigillo⁸⁷⁾, i ciechi sono naturalmente esclusi da tale ufficio. È invece molto disputato se il cieco sia incapace di fare da testimone anche nei testamenti nuncupativi. I più degli scrittori⁸⁸⁾ stanno per l'incapacità e a buon diritto, e tale opinione è confermata dalla pratica giudiziaria⁸⁹⁾. In teoria invece la cosa è molto dubbia. L'opinione comune fu contrastata per primo da Edoardo HENRYSON⁹⁰⁾ e dopo di lui da Corrado RITTERSHUSEN⁹¹⁾. La ragione da loro addotta non è certamente priva di valore, poichè nessuna legge esclude espressamente il cieco da fare il testimone in un testamento, la L. 9 Cod. *de testamentis* dovendosi riferire soltanto alla presenza dei testimoni, non anche alla necessità che essi vedano. Non è a farsi meraviglia pertanto se il MATTIAH⁹²⁾ e il LAURICH⁹³⁾ hanno cer-

⁸⁷⁾ L. 21 Cod. *de testam.*, 6, 23; L. 4 Dig. *test. quemadmodum aperiantur*, 29, 3.

⁸⁸⁾ DONELLO, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 7, § 9. — VINNIO, *Comm. ad § 6 I. de test. ord.*, n. 4. — VOET, *ad Pandectas*, h. t., § 7. — BACHOV, *ad Treullerum*, vol. II, disp. 10, th. 5, lit. c, pag. 547. — WISENBACH, *Comm. in libros VII priores Codicis*, ad L. 9, C. *de test.*, pag. 544. — TREKELL, *de origine et progressu testamenti factionis*, cap. III, § 71, pag. 226. — COCCIO, *Ius civile controversum*, h. t. q. 11. — KOCH, *Programma de conspectu testatoris*, pag. 8. — WALCH, *Introductio in controversias iuris*, sez. II, cap. IV, membr. 3, § 9. — WESTPHAL, *Testamente* (Testamento), § 182. — HAUBOLD *Ad Bergeri oeconomiam iuris*, tom. I, pag. 366 nota p. — MADHIN, *Principia iuris Romani de successioneibus*, § 70, nota a. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 476. — SEUFFERT, *Lehrbuch des practischen Pandekten Rechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), vol. III, § 524, pag. 118.

⁸⁹⁾ STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. 15, § 27. — LAUTERBACH, *Collegium th. pract. Pandect.*, h. t., § 60. — STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exercit. 32, th. 10, n. 2, th. 12. — MÜLLER, *ad th.*, 12 nota a. — MANZIO, *de testamento valido et invalido*, tit. 5, n. 21. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4, th. 5, pag. 366 ediz. HAUBOLD. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani-germanici*, tom. II, § 1262 nota a.

⁹⁰⁾ *Comm. in tit. X libri II Inst. de test. ord. ad § 6 h. t.*, nel *Thesaurus* del MERMAN, III, p. 437.

⁹¹⁾ *Comm. novus in Inst. Iustin. ad § 6 de test. ord.*, pag. 231.

⁹²⁾ *Dissertatio de testimonio coeci et surdi in testamento*, Erfordiae 1693, Giessae 1775, cap. 2.^o

⁹³⁾ *Dissertatio de coeco idoneo in testamenti factione teste*, praes. A. F. Schott def. Lipsae 1773.

cato di difendere questa opinione nei loro scritti. Il KOCH ⁹⁴⁾ a sua volta ha difeso la comune opinione cercando di confermarla con nuovi argomenti, ma il LEHR ⁹⁵⁾ ha di nuovo in un suo scritto cercato di portare nuove prove per l'opinione opposta ed è giunto anzi sino a ritenere valido un testamento nuncupativo fatto davanti a sette testimoni tutti ciechi. La quale ultima conclusione è certamente molto conseguente, perchè se un cieco è capace di fare da testimone il testamento deve valere anche se tutti sette i testimoni siano ciechi. Colla medesima conseguenza si dovrebbe anche ammettere la validità di un testamento fatto da un testatore cieco davanti a sette testimoni ciechi, perchè nulla importa che i testimoni vedano il testatore ed è noto d'altra parte che un cieco è capace di testare. Ma tali strane conseguenze debbono veramente ritenersi ammesse nelle leggi? L'ultima certamente contraddice già alla legge regolatrice del testamento del cieco che, come fu già sopra mostrato, dispone appunto il contrario ⁹⁶⁾. Il caso che tutti i sette testimoni siano ciechi è, grazie a Dio, quasi impossibile ad avverarsi. Ma ammettendolo possibile, come potrebbe ritenersi la validità di un testamento sì fatto anche se si provasse che i testimoni non fossero stati ingannati da una persona sostituitasi al testatore? È vero che i testimoni possono tutti avere udito e inteso il testatore e che di ciò che hanno sentito possono fare testimonianza. Ma basta ciò? Potrebbero essi anche testimoniare della identità del testatore? Non potrebbe il presunto testatore essere stata una persona che si sostituì a quella per cui si volle far passare imitandone la voce in modo da ingannare i testimoni? « *Experientia enim abunde docet, dice Pietro MUELLER* ⁹⁷⁾, *alterius orationem ita ab alio exprimi posse ut differentia vix ulla appareat* ». E quanti esempj di testamenti falsificati mediante l'interposizione di persone estranee non ci riferiscono i pratici antichi e

⁹⁴⁾ Cit. progr.

⁹⁵⁾ *Ueber die Frage, ob ein Blinder, ecc.* (Sulla questione se un cieco possa fare da testimone nei testamenti), Giessen 1788 e nell'*Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit* (Archivio di giurisprudenza teorica e pratica) di HAGEMANN e GÜNTHER, vol. V, n. 10, pag. 197-213.

⁹⁶⁾ Vedi nota 86.

⁹⁷⁾ *Ad Struvium*, exerc. 32, th. 10 nota i.

moderni?⁹⁸) Non dovrà dunque ritenersi sospetto un testamento per ciò solo che fu fatto davanti a sette testimoni ciechi? E di fatti prima del LEHR a nessuno era venuto in mente di sostenere un'opinione così antiggiuridica. Alcuni scrittori moderni⁹⁹) hanno bensì sostenuto che i ciechi non debbano essere esclusi in modo assoluto dal fare da testimoni nei testamenti, e, per esempio, si ritiene non invalidato il testamento se uno o alcuno dei testimoni fossero ciechi. Ma se un testamento in cui tutti sette i testimoni siano stati ciechi è nullo, deve esser ritenuto nullo anche quello nel quale uno solo dei testimoni fosse cieco. « Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, dice GIUSTINIANO¹⁰⁰), tunc et numerus testium et minia subtilitas requirenda est », cioè per la validità del testamento non basta che vi abbiano assistito sette testimoni, ma anche per ogni singolo testimone dove ricercarsi colla maggior precisione se avesse i requisiti per fare validamente da testimone in un testamento¹); perocchè, segue GIUSTINIANO, nel testamento si richiede maggior numero di testimoni che negli altri atti appunto allo scopo « ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur ». Ora, questa *perfectissima veritas* non è garantita secondo la legge, se anche uno solo

⁹⁸) Cfr. per esempio, CLARO, *Receptae sententiae*, lib. III, § *testamentum*, q. 59. — CARPZOVIO, *Praxis rerum criminalium*, q. 93, n. 32. — LEEUWEN, *Censura forensis*, pars I, lib. 3, cap. 2, n. 11, 12. — RANCHINO, *Variae lectiones*, lib. II, cap. 6. — THOMASIIUS, *Dissertatio de iure iniusto hereditipetarum*, § 14 segg. — PITAVALS, *Erzählungen sonderbaren Rechtshändel* (Relazioni di atti giuridici degni di nota), parte VII, pag. 330. — CRAMER, *Academische Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre* (Discorsi accademici sul diritto civile comune), vol. I pag. 609 e *Neues Archiv des Criminalrechts* (Nuovo archivio di diritto criminale) di KLEINSCHROD, KONOPACK e MITTERMAIER, vol. I, I n. 2, pag. 36 seg.

⁹⁹) HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 445, pag. 475. — THIBAUT, *System des Pandektenrechts* (Sistema del diritto delle Pandette), II, § 692. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, lib. V, § 447. — SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* (Diritto privato romano), § 815 della 5.^a edizione

¹⁰⁰) L. 32 in f. Cod. de *fideicom.*

¹) Che la parola *subtilitas* sia da prendersi qui in questo senso risulta da molti testi citati da BRISSONIO, de *verb. significatione*, h. v.

dei testimoni non ha la capacità voluta ²⁾. Se non che si nega appunto il nostro presupposto, che il cieco cioè sia incapace di fare da testimone in un testamento. I motivi addotti dal LAURICH per tale negativa sono stati già confutati parte dal KOCH e parte da me ³⁾; vediamo dunque i nuovi argomenti addotti dal LEHR: ci sarà facile dimostrare quanto essi siano deboli.

1.° Si argomenta in primo luogo dal § 6 I. *de test. ordin.* 2, 10, dove è detto espressamente: « Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est ». I ciechi potevano essere istituiti eredi, dunque essi potevano anche fare da testimoni nei testamenti nuncupativi. Ma se questa conclusione fosse esatta, come si spiegherebbe che le leggi escludessero dalla capacità di fare da testimone le donne; gli impuberi, i prodighi i quali tutti erano alla pari dei ciechi capaci di essere istituiti eredi?

2.° Si osserva anche che nel § 6 I. cit. sono enunciati i difetti fisici che rendono incapaci alla testimonianza e si parla del sordo e del muto, ma non del cieco; i ciechi dunque debbono ritenersi capaci. Quest'argomentazione ha qualche apparenza di vero e perciò ha tratto molti in inganno, ma si scorge tosto come essa non possa accettarsi quando si pensi che è un requisito necessario che i testimoni vedano il testatore, requisito derivante, a parer mio, in modo assai chiaro dai testi sopra citati.

3.° In terzo luogo si dice che le leggi richiedono dai testimoni che essi intervengano liberamente, che conoscano lo scopo del loro intervento, che evitino di interrompere l'atto del testamento con atti estranei, che finalmente non solo essi sentano e intendano ciò che il testatore dispone, ma anche siano in grado di fare testimonianza di ciò che hanno inteso. Ora, tutto ciò, si dice, può esser fatto anche da un cieco, e si citano in proposito le parole generali della L. 20 § 9 Dig. h. t. « nam si vel sensu percipiat quis cui rei adhibitus sit sufficere ». Ma si può concedere tutto questo senza che perciò sia provato che i ciechi possono fare validamente da testimoni in un

²⁾ L. 14 Dig. *de testibus*.

³⁾ *Dissertatio de testamenti privati solemnibus probatione*, § 10 negli *Opuscula*, fasc. 1, pag. 130 44.

testamento. Non basta infatti che i testimoni sentano e intendano ciò che il testatore dispone e po-sano al caso farne fede, occorre anche che ogni testimone sia persuaso dell'identità della persona del testatore e ciò non può avvenire se egli non l'abbia vista coi propri occhi. La legge citata non fa alcuna prova contro di noi. Se noi volessimo riferirla soltanto all'udito dei testimoni certamente non occorrerebbe che il testatore si facesse vedere da questi, ma la legge parla di *sensu percipere* e *sensus* non è solo l'udito, ma anche la vista e ce lo dicono le leggi sopra citate: basti rammentare le parole « ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus testamenti factio ». Del resto per chi legga il testo di ULPIANO nel suo insieme esso dice semplicemente non essere necessario che i testimoni conoscano la lingua del testatore, non occorrendo neppure che essi conoscano il contenuto del testamento: e bastando che essi intendano tanto da sapere per che cosa sono chiamati ⁴⁾: « Non tamen intelligentiam sermonis exigimus. Hoc enim divus Marous Didio Iuliano in teste qui latine loqui non noverat rescripsit ». Come può da ciò trarsi la prova che il cieco sia capace di fare da testimone? Certamente se ne argomenterebbe piuttosto il contrario, poichè qui si parla evidentemente di un testamento scritto, essendo nel testamento nuncupativo necessario che i testimoni conoscano la lingua del testatore. Lo stesso principio che qui insegna ULPIANO è insegnato da PAOLO in un testo che lo SCHULTING ⁵⁾ riferisce pure ad un testamento scritto, *Rec. Sent.* III, 4 a, 13:

« Ex his qui ad testamentum adhibentur, si qui sint qui latine nesciant, vel non intellegant, sed tamen sentiant cui rei intersint, adhibiti non vitiant testamentum ».

4.° Si dice pure che nei testamenti non debbano ammettersi solennità non prescritte esattamente dalla legge. Ma qui non si tratta di semplici solennità, bensì della *perfectissima veritas* che si vuole porre fuor di ogni dubbio con l'intervento di maggior numero di testimoni e a ciò non servono i testimoni ciechi, neppure uno solo.

⁴⁾ Vedi FORNERIO, *Selectiones*, lib. II, c. 12 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 60.

⁵⁾ *Iurisprudentia vetus anteustinianaea*, ad h. l. nota 40, pag. 344.

5.° Si osserva che i testimoni nel testamento si richiedono bensì *maioris veritatis causa*, ma solo per ciò che riguarda il contenuto delle disposizioni fatte dal testatore. Se si tratta invece di qualche cosa che ha influenza sulla validità del testamento, ma che non deve essere ascoltata dai testimoni, in tal caso non può esservi nullità pel fatto che questi non possono far fede in argomento, ma deve bastare ogni mezzo di prova efficace secondo il diritto comune e quindi occorreranno non sette, ma due soli testimoni, perocchè sarebbe questa una solennità nuova e sconosciuta alle leggi se si volesse ammettere che su tali argomenti occorra la prova dei testimoni del testamento. Si risponde però a questa osservazione che la verità di ciò che il testatore ha disposto dipende dalla validità del testamento e che se è vero che i testimoni sono nel testamento richiesti *maioris veritatis causa* per riguardo a ciò che il testatore dispone, deve tuttavia per mezzo di questi testimoni aversi anche la prova più piena di tutto ciò che abbia influenza sulla validità del testamento, il quale pertanto può essere annullato pel fatto che i testimoni non possono far fede anche su ciò; anche se un solo testimone, per esempio, non abbia potuto vedere il testatore perchè cieco e quindi non possa attestare dell'identità di quello. Per la validità del testamento importa infatti prima d'ogni altra cosa che sia sicura l'identità della persona del testatore e perciò se anche tutti i testimoni concordi deponessero su ciò che hanno udito, ma non tutti fossero per la propria vista persuasi della identità del testatore, il testamento non potrebbe ritenersi valido.

Richiamerò qui ancora una volta le parole di GIUSTINIANO ⁶⁾:

« Cum res per testium salemnitatem ostenditur, tunc et numerus et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur ».

Le regole generali intorno alle prove non sono dunque applicabili qui.

⁶⁾ L. 32 Cod. de fideicom.

6.° Infine si dice che se un forestiero fa testamento in un luogo dove nessuno lo conosce e dove non si può in nessun modo provare l'identità della sua persona, il testamento è certamente nullo perchè la persona del testatore rimane incerta. Ma se vi siano alcuni, testimoni i quali provino l'identità del testatore il testamento non cade pel fatto che i testimoni del testamento, sia tutti sia alcuni, non lo conoscessero. Come dunque non importa che i testimoni del testamento conoscano il testatore, così non importa che lo vedano, perocchè non conoscere e non vedere sono sotto questo riguardo una cosa stessa. Per rispondere a questo argomento importa prima di tutto risolvere la questione se i testimoni debbano conoscere personalmente il testatore; a questa questione si danno dagli scrittori risposte varie. Il VOET ⁷⁾ risponde affermativamente. Il WESTPHAL ⁸⁾ è dell'opinione precisamente opposta. Il PISTOR ⁹⁾ distingue se il testatore andò apposta in luogo straniero per farvi testamento e testò davanti a testimoni che non lo conoscevano, o se fu invece un viaggiatore che sopraggiunto durante il viaggio da una malattia mortale si trovò costretto a testare davanti a testimoni che non lo conoscevano. Nel primo caso egli ritiene il testamento per nullo, nel secondo lo ritiene valido. Lodovico G. MADIHN ¹⁰⁾ dice che i testimoni debbono bensì conoscere in ogni caso il testatore, ma basta che lo conoscano alcuni. Il HARTITZSCH ¹¹⁾ crede che soltanto nei testamenti scritti si possa fare a meno del requisito che i testimoni conoscano personalmente il testatore. Quanto a me, fedele alla mia premessa che i sette testimoni siano necessari nel testamento per ottenere la certezza più piena ¹²⁾ e che perciò ogni singolo testimone debba al momento della

⁷⁾ *Comm. ad Pandectas*, l. t., § 24.

⁸⁾ *Theorie des Roemischen Rechts von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 153.

⁹⁾ *Tractatus iuris civilis de testatore testibus testamentariis incognito, ubi simul differentia inter testamentum peregrinantis et illius, quando quis in specie testandi causa ad locum extraneum se confert, sistitur*. Giessae 1757, 2.^a ediz., 1787.

¹⁰⁾ *Principia iuris romani de successionibus*, § 70.

¹¹⁾ *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 58.

¹²⁾ Vedi la mia *Dissertatio de testamenti privati solemnibus probatione, per septem testes in eo ordinando adhibitos, instituenda*, §§ 3-6, *Opuscula*, fasc. I, n. 1, pag. 17-58.

fazione del testamento avere tutti i requisiti richiesti per poter validamente fare da testimone in testamento, ritengo che tutti i testimoni debbano conoscere personalmente il testatore, e che non basti che lo conoscano alcuni soltanto, perocchè per la certezza dell'ultima volontà si richiede che i testimoni conoscano il testatore, non potendo altrimenti avervi piena certezza sulla persona di questo. I testimoni che non conoscono il testatore debbono infatti rimettersene per questo riguardo alla testimonianza di quelli che lo conoscono e così non si ha per mezzo di loro la piena certezza sulla persona del testatore: questa rimane in dubbio di fronte alla loro testimonianza, ond'è che manca la piena certezza dell'ultima volontà richiesta dalla legge. Il testamento dunque non può valere, perocchè tutto ciò che esclude la piena sicurezza circa l'ammissibilità e la certezza dell'ultima volontà del testatore ne esclude la efficacia e la validità. Perciò io non faccio neppure eccezione per il testamento del viaggiatore poichè tale testamento non è affatto privilegiato ¹³⁾ e così ha pienamente ragione il LEHR ¹⁴⁾ quando dice che non vedere e non conoscere è tutta una cosa. Il risultato dei nuovi argomenti addotti da questo scrittore si può dunque riassumere nelle parole di VIRGILIO: *animum pictura pascit inani*.

Un'altra conseguenza del principio generale da noi sopra posto è che il testamento sia non solo annullabile, ma nullo radicalmente se il testatore non si faccia vedere ai testimoni, ma stia dietro un paravento o in un letto con le cortine calate ¹⁵⁾. Simile testamento si chiama

¹³⁾ STRYKIO, *Dissertatio de testamento in itinere confecto*, Francoforti ad Viadrum 1677, 2^a ediz. 1699, th. 33, *Cautelae testamentorum*, cap. 14, § 15. — THYNE, *Dissertatio de testamentis peregrinantium*, praes. Rau def. Lipsiae 1777, § 3.

¹⁴⁾ Dopo che già avevo scritto per intero questa confutazione del LEHR ho scoperto una dissertazione del QUISTORP nel II volume delle *Rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche) pubblicato dal WIESE a Lipsia 1798 dopo la morte dell'autore, dal titolo: *Ob ein Blinder bey einem mündlich ausgesprochenen Testamente Zeuge sein könne* (Se un cieco possa esser testimone in un testamento noncupativo), nella quale l'opinione del LEHR è pure confutata. Ma poichè il QUISTORP non ha sottoposto a critica sufficiente tutti i singoli argomenti del LEHR e per ciò anche probabilmente la sua confutazione non è nota, spero di non avere speso invano la mia fatica.

¹⁵⁾ MÜLLER *ad Struvium*, t. II, exercit. 32, th. 10, nota i, pag. 649. —

testamentum cortinatum, occultum, seu velatum ¹⁶). Se però il testatore si trovava nel letto colle cortine calate, non per nascondersi agli sguardi dei testimoni, ma perchè la luce gli dava noia e i testimoni poterono vederlo avvicinandosi al suo letto, non vi è più pericolo d'inganno e il testamento deve ritenersi valido ¹⁷).

Parimente è non soltanto annullabile, ma nullo radicalmente per la solita ragione che manca la certezza dell'ultima volontà un testamento fatto di notte in una stanza nella quale si trovavano insieme testatore e testimoni, ma al buio ¹⁸). Nessun testimone può in tal caso esser sicuro dell'identità di quella persona che fece il testamento in quella oscurità, perchè non l'ha visto. Della possibilità di far testamento in tempo di notte non si può, a dir vero, dubitare e ULPIANO ¹⁹) anzi la riconosce espressamente: l'Ordinanza Notarile di MASSIMILIANO I però al § 24 vieta ai notari di fare atti di notte, traune il caso di matrimoni d'urgenza, essendovi in ciò pericoli di nullità. Anche un atto così solenne e importante come il testamento non si può dunque facilmente fare di notte. Che se si tratti di vera urgenza, il

LAUTERBACH, *Coll. th. pr. Pand.*, h. t., § 58. — WERNHER, *Lectissimae Commentationes in Pandectas*, pars II, h. t., § 22. — HOEFFNER, *Commentario alle Istituzioni di Eneccio*, § 445, pag. 475.

¹⁶) MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 70.

¹⁷) COCCEIO, *Ius civile controversum*, h. t., q. 11. — CRAMER, *Academische Reden ueber die gemeine bürgerliche Rechtslehre* (Discorsi accademici sul diritto civile comune), vol. I, pag. 602.

¹⁸) MÜLLER, *ad Struvium*, exerc. 32, th. 10, nota i, nr. 2-4, pag. 649. — STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. 15, § 39. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. pand.*, h. t., § 58. — MANZ, *de testamento valido et invalido*, tit. 4, q. 5, pag. 267 segg. — HOEFFNER, *Commentar ueber die Heinecoischen Institutionen* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 445, pag. 475. — MÜNTERBRUCH, *Doctrina pandectarum*, vol. III, § 476, nota 12. Il MADIHN loc. cit. § 70, pag. 85, sostiene che un *testamentum noctu absque luminibus factum* faccia nascere soltanto una *suspicio falsi* che deve esser distrutta colla prova contraria. Ma in senso contrario è da vedere HAGEMANN, *Etwas über die zur Nachtzeit, ohne Lichter, errichteten Testamente und deren Gültigkeit* (Sui testamenti fatti in tempo di notte senza lumi, e della loro validità), nell'*Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit* (Archivio di giurisprudenza teorica e pratica) di HAGEMANN e GÜNTHER, volume I, n. 7, pagine 198-206.

¹⁹) L. 22 § 6 Dig. h. t. « Posse et nocte signari testamentum nulla dubitatio est ».

testatore deve curare che la stanza nella quale si trova coi testimoni sia convenientemente illuminata, almeno perchè i testimoni possano ben vederlo e riconoscerlo. Non è però necessario, come sostengono gli antichi, il numero di tre lumi, è solo da consigliarsi che ce ne sia più d'uno ²⁰).

I testimoni devono assistere al testamento volontariamente e liberamente. ULPIANO dice nella L. 20 § 10 Dig. h. t.: « Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum ». A ciò si riferiva anche l'antica formula *licetne antestari*, come fu già sopra notato. Quello che si è detto qui dei testimoni in genere vale per ogni singolo testimone, e per ciò se anche uno solo dei testimoni sia stato trattenuto contro sua volontà il testamento è nullo ²¹).

§ 1413 a.

Qualità dei testimoni (continuazione).

Per ciò che riguarda più particolarmente le qualità dei testimoni. questi non solo devono essere persone degne di fede e incensurate, ma anche avere le qualità richieste come testimone.

In primo luogo essi debbono essere di sesso maschile. Le donne sono escluse. Sembra che in antico nello stesso diritto romano ²²) sia stata anche questione se le donne potessero in genere fare testimonianza ²³). PAOLO infatti per sostenere l'affermativa si serve di un

²⁰) MÜLLER, *ad Struvium*, loc. cit., nota 1, n. 4. — WERNHER, *Lectissimae Commentationes in Pandectas*, h. t., § 22.

²¹) STRYKIO, *Caute lae testamentorum*, cap. 15, § 34.

²²) Il diritto canonico lo esclude. Can. 17, 19, C. XXIII, q. 5 e cap. 10, X, *de verb. sign.*, « Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit ».

²³) Vedi SCHULTING, *Theses controversae*, decad. 100 § 4, nelle sue *Commentationes academicae*, III, p. 354, *Notae ad Digesta*, t. IV, ad L. 18 *de testibus*, pag. 191. — REINOLD, *Variorum*, cap. V, in *Opuscula a Iuglero edita*, p. 72 seg. — GESTERDING, *Ausbeule von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien* (Risultato di ricerche su varie materie giuridiche), vol. I, pag 207 seg. Greifswald 1826.

argomento a contrario: eccone il testo notevolissimo tratto dal libro secondo *de adulteriis* ²⁴⁾:

« Ex eo quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere ».

Ai tempi di PAOLO non c'era dunque una legge che dichiarasse le donne capaci di far testimonianza in giudizio. Il giureconsulto argomenta dalla *lex Julia de adulteriis*. Questa esclude le donne condannate per adulterio dal far testimonianza ²⁵⁾, da ciò egli deduce la regola della loro capacità a fare testimonianza. Nello stesso modo argomenta ULPIANO nel libro I *ad Sabinum* ²⁶⁾:

« Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit: alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Julia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat ».

La capacità delle donne a fare testimonianza sembra dunque derivare piuttosto dalla consuetudine che da una disposizione espressa di legge: le donne però sono capaci di far testimonianza in giudizio, ma non, dice ULPIANO, di fare da testimoni in un testamento. Esse possono dunque testimoniare in giudizio, quando la necessità delle prove nel processo civile lo richieda a fine di non privare l'attore dei mezzi di prova necessari, ma non possono essere chiamate a far da testimoni quando si tratti di dare solennità ad un atto con l'intervento di testimoni ²⁷⁾: e ciò perchè la parte di testimone in un atto solenne è un *officium* o *negotium civile et virile* ²⁸⁾ dal quale la

²⁴⁾ L. 18 Dig. de testibus. Vedi HOFFMANN, *Observationes variae seu Meletemata ad Pandectas*, diss. XX. § 4.

²⁵⁾ HOFFMANN *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, cap. IV, § 10, in FELLENSBERG, *Iurisprudentia antiqua*, t. I, pag. 205.

²⁶⁾ L. 20 § 6 D. h. t. Il COSTANTINEO (*Thesaurus* di OTTONE, IV, 527. — *Subtiles emendationes*, I, c. 26) ha fatto un lungo commento a questo testo svolgendo le ragioni tratte dalla storia dei testamenti, per le quali le donne sono state escluse dal far da testimoni in quelli. Vedi anche VINNIO, *Comm. ad § 6 I. de test. ord.*, n. 2.

²⁷⁾ POTHIER, *Pand. Inst.*, II, h. t., n. 28, nota c, pag. 77.

²⁸⁾ SENECA, *Epistola*, 8, n. 5. — SCHULTING *ad Ulp.*, XX, 7 nella *Iurisprudentia vetus antejustin.*, pag. 628, nota 23.

donna è esclusa, come in generale da ogni ufficio pubblico²⁹⁾. È per ciò che le donne sono escluse dalla testimonianza nei testamenti anche nelle Istituzioni³⁰⁾ e nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I³¹⁾. Alle donne sono parificati gli ermafroditi quando in essi prevalgano i segni del sesso femminile³²⁾ o, come si esprime l'ordinanza notarile³³⁾, quando abbiano le fattezze muliebri (*wenn sie in dem fräulichen Gemächt fürtreffen*).

In secondo luogo i testimoni devono essere puberi, cioè superiori ai quattordici anni, come dice l'Ordinanza notarile³⁴⁾. Benchè sia discusso se gli impuberi siano capaci in generale di testimonianza³⁵⁾, certo è che essi sono incapaci di far da testimoni nei testamenti³⁶⁾. Anche nel testamento *per aes et libram* essi erano esclusi al pari delle donne. ULPIANO³⁷⁾ dice: « Pupillus, femina, neque familiae emptor esse, neque testis, libripensve fieri potest ». Egli è da questa antica forma di testamento che si devono derivare le qualità dei testimoni, dove esse non derivino dalla natura stessa dell'atto di testamento³⁸⁾.

Possono essere testimoni quelli solo che possono essere istituiti eredi. GIUSTINIANO³⁹⁾ dice: « Testes autem adhiberi possunt, hi cum quibus testamenti factio est ». Anche questo requisito deriva dal testamento *per aes et libram*. ULPIANO dice a proposito di questo « et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est ». Che significa ciò? TEOFILO spiega: οἱ τινες ὑπ' ἡμῶν δύνανται κληρονομοῦν

²⁹⁾ L. 2 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17; L. 1 § 1; L. 2 § 1 Dig. *Ad SC Vell.*

³⁰⁾ § 6 I. *de test. ord.*, 2, 10.

³¹⁾ Colonia 1512, tit. 1, *dei testamenti*, § 6.

³²⁾ L. 10 Dig. *de statu hom.*, 1, 5; L. 15 § 1 Dig. *de testibus*. Vedi però il § 117 a di questo *Commentario*.

³³⁾ Tit. I. *dei testamenti*, § 6.

³⁴⁾ Loc. cit., § 7.

³⁵⁾ GESTERDING, *Ausbeute* (Risultato di ricerche, ecc.), I, n. 7, 6, pag. 196 e seg.

³⁶⁾ § 6 I. *de test. ord.*, 2, 10. « Sed neque mulier, neque impubes... possunt in numero testium adhiberi »

³⁷⁾ XX, 7.

³⁸⁾ TREKELL, *Tractatus de origine atque progressu testamenti factionis*, c. III, § 69.

³⁹⁾ § 6 I. *de test. ord.*, 2, 10.

γράφειν καὶ γράψαι ἡμῖς (« qui a nobis heredes institui et nos instituere possunt »). In modo del tutto conseguente a questa spiegazione l'Ordinanza notarile al titolo dei testamenti, § 6, dice: « molti essendo esclusi dal fare da testimoni, come in generale tutti quelli che non possono per legge far testamento o ricevere per testamento ».

Ma la testamentifazione attiva non è compresa nel nostro testo poichè per questa non si usa l'espressione ivi usata bensì l'altra *testamenti factionem habere* ⁴⁰⁾; della capacità di essere istituiti eredi, le leggi dicono invece *cum iis testamenti factio est* ⁴¹⁾; qui dunque si parla solo della testamentifazione passiva, come hanno ritenuto il VINNIO ⁴²⁾, il TREEKELL ⁴³⁾, il WALCH ⁴⁴⁾, il WESTPHAL ⁴⁵⁾ e la Glossa. Per conseguenza anche il figlio di famiglia può essere testimone sebbene non possa testare ⁴⁶⁾; onde anche ULPIANO ⁴⁷⁾ dice: « Latinus Junianus et familiae emptor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est »; e poco appresso ⁴⁸⁾: « Latinus Junianus testamentum facere non potest, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est ». Per quanto però sia vero che l'incapace di essere istituito erede è incapace di fare da testimone, non è esatta la reciproca, che cioè ogni persona capace di essere istituita erede sia capace di fare da testimone in un testamento. Infatti le donne, gli impuberi, i sordi, i muti, i prodighi possono essere istituiti eredi e non possono fare da testimoni; GIUSTINIANO ne li esclude espressamente. Secondo l'interpretazione della nostra legge data dalla ordinanza notarile sembra però che sia incapace di essere testimone

⁴⁰⁾ L. 4; L. 8 in f.; L. 18 pr.; L. 19 Dig. h. t.; L. 1 § 8 Dig. de bon. poss. sec. tab., 37, 11.

⁴¹⁾ § 2 I. de her. inst., 2, 14; § 4 I. de her. qual. et diff., 2, 19; § 24 I. de legatis, 2, 20; L. 31 pr.; L. 49 § 1 Dig. de her. inst., 28, 5.

⁴²⁾ Comm. ad § 6 I. de test. ord., n. 1.

⁴³⁾ Loc. cit., § 70, pag. 224.

⁴⁴⁾ Ad Hoppii Commentationes in Institutiones Iustin., ad § 6 I. de test. ord., nota 2, pag. 395.

⁴⁵⁾ Theorie des R. R. von Testamenten (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 184.

⁴⁶⁾ § 8 I. de test. ord., 2, 10; pr. I. quibus non est perm. facere test.

⁴⁷⁾ XX, 8.

⁴⁸⁾ Ibidem, § 14. Anche il MERILLIO, Comm. ad § 6 I. de test. ord., p. 173, biasima per questo motivo TEOFILO.

anche colui che manca della testamentifazione attiva; tutti coloro, dice l'Ordinanza, che non possono validamente fare testamento. Onde il CLAPROTH ⁴⁹⁾ afferma essere incapace di fare da testimone in un testamento colui che non ha diritto di far testamento.

I testimoni devono essere persone libere. Uno schiavo non poteva essere testimone in un testamento di un cittadino romano; egli non poteva essere adibito *ad solennia* perocchè dice ULPIANO ⁵⁰⁾:

« iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetorii quidem edicti ⁵¹⁾ ».

Anche secondo l'ordinanza notarile, titolo dei testamenti, § 7 i testimoni debbono essere liberi dalla servitù. I servi non sono dunque capaci di fare da testimoni per diritto tedesco. Tuttavia questa prescrizione va intesa nel senso che i servi del diritto germanico non possano fare da testimone nei testamenti del loro padrone o di altra persona libera, ma possano farlo nei testamenti di persone del loro stato, quando loro sia concesso anche di fare testamento ⁵²⁾. Forse però la stessa applicazione generale di questa prescrizione nel diritto moderno va soggetta a dubbii, perocchè essa sembra fondata sopra una falsa intelligenza del diritto romano. Il fondamento della incapacità degli schiavi nel diritto romano non si applica ai servi tedeschi, perchè questi hanno tutti i diritti civili, sono capaci di eredità, nè può esser loro negata la testamentifazione attiva e passiva, se non in forza di speciali limitazioni derivanti da leggi particolari o da particolari ordinamenti della proprietà ⁵³⁾. Per questo

⁴⁹⁾ *Abhandlung von Testamenten* (Dissertazione sui testamenti), § 23, nota f, pag. 124.

⁵⁰⁾ L. 20 § 7 Dig. h. t.

⁵¹⁾ Il WESTPHAL, *Testamenti*, § 187, riferisce queste ultime parole al testamento pretorio.

⁵²⁾ STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t., § 17, *cautelae testamentorum* cap. 15, § 20. — MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 68, pag. 80-81, nota d.

⁵³⁾ MITTERMAIER, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 79, pag. 170 della 3.^a edizione, Landshut 1827. — C. F. EICHHORN, *Einleitung in das deutsche, ecc.* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 7, pag. 213 della 3.^a ediz., Gottinga 1829.

motivo la pratica non dovrebbe seguire la legge ⁵⁴⁾; se però ciò sia consigliabile è cosa che lascio al giudizio dei pratici stessi ⁵⁵⁾.

I testimoni debbono avere non solo l'uso del loro intelletto, ma anche i sensi e gli organi necessari per vedere e sentire ciò che accade davanti a loro e per potere ripetere ciò che hanno visto o sentito. Perciò sono incapaci i pazzi, tranne nei lucidi intervalli. ULPIANO dice nella L. 20 § 4 Dig. h. t.:

« Ne furiosus quidem testis adhiberi potest cum compos mentis non sit, sed si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest ».

Ai pazzi sono parificati i prodighi dichiarati tali dal magistrato ⁵⁶⁾. ULPIANO ⁵⁷⁾ dice nel libro I *ad Sabinum*:

« Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest... Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat ».

Il motivo qui addotto da ULPIANO non è, come nota il TREKELL ⁵⁸⁾, esatto, perocchè non importa per la capacità di fare da testimone in un testamento, avere la capacità di far testamento. Il vero motivo è da cercarsi piuttosto nell'esempio dell'antico testamento per mancipazione. A questo atto non poteva intervenire colui *cui commercium erat interdictum*, e perciò, dice ULPIANO stesso ⁵⁹⁾, il prodigo era incapace di testare. GIUSTINIANO pure dichiara espressamente incapaci di fare da testimoni coloro *cui bonis interdictum est*.

Sono per la stessa ragione incapaci i ciechi tanto nei testamenti scritti quanto in quelli orali, come fu sopra dimostrato. Essi non

⁵⁴⁾ BALTHASAR, *de hominibus propriis eorumque iure*, ediz. 2.^a, Greifswald 1779, parte III, cap. 2, § 6, pag. 240. — CRAMER, *Wetzlarische Nebenstunden* (Ore d'ozio a Wetzlar), II, n. 2, pag. 21 seg. — J. I. RUNDE, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 555, pag. 549 dell'8.^a ediz. edita da C. Lud. RUNDE a Göttinga 1829.

⁵⁵⁾ CLAPROTH, *von Testamenten* (Testamenti), loc. cit.

⁵⁶⁾ MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, III, § 476, pag. 72.

⁵⁷⁾ L. 18 pr. Dig. h. t.

⁵⁸⁾ *Tractatus de origine atque progressu testamenti factionis*, cap. III, § 71 n. 4, pag. 226.

⁵⁹⁾ XX, 13.

sono nominati nel § 6 I. *de testamentis ord.* 2, 10, ma ciò per pura dimenticanza ⁶⁰⁾; la loro esclusione si fonda sulle ragioni sopra espresse.

Sono incapaci i sordi e i muti e questi non solo nei testamenti *per aes et libram*, ma in ogni testamento. Ai primi si riferisce ULPIANO ⁶¹⁾: « mutus, surdus... neque familiae emptor, esse, neque testis libripensve fieri potest »; il § 6 I. *de test. ord.* 2, 10 dice in termini più generali: « neque furiosus, neque mutus, neque surdus... possunt in numero testium adhiberi ». Alcuni scrittori ⁶²⁾ vogliono escludere i sordi soltanto dai testamenti nuncupativi e li ritengono capaci di fare da testimoni in un testamento scritto per la ragione che nei testamenti scritti i testimoni non debbono conoscere il contenuto del testamento, ma basta che il testatore presenti loro perchè lo sottoscrivano e suggellino il suo testamento dichiarando che tale esso è, e perciò non occorre l'udito potendo benissimo il sordo comprendere dai gesti del testatore. Egli è per ciò che secondo ULPIANO ⁶³⁾ nel testamento scritto non occorre che i testimoni comprendano la lingua del testatore; ora è evidente che non sentire e non comprendere ciò che si sente sono due cose che si equivalgono. Questi argomenti però non sono persuasivi. Il sordo era già incapace di fare da testimone prima di GIUSTINIANO, sebbene tanto il testamento *per aes et libram* quanto il testamento pretorio fossero testamenti scritti, e GIUSTINIANO non ha nelle sue Istituzioni cambiato il diritto antico; anzi appunto dove parla dell'incapacità dei muti e dei sordi, egli parla dei testamenti scritti. Ciò appare dal § 14 I. *de test. ord.* 2, 10: *sed haec quidem de testamentis quae in scriptis conficiuntur* e ciò si riferisce a tutta la trattazione che precede, come ne dimostra ancor più chiaramente TEOFILO nella sua Parafrasi:

⁶⁰⁾ Così pensa anche il mio onorevole collega prof. BUCHER nel suo *System der Pandecten* (Sistema delle Pandette), § 387, nota 2, pag. 520 della 3.^a ediz.

⁶¹⁾ Loc. cit., § 7.

⁶²⁾ WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, seg. II, cap. 4, membr. 3, § 10, pag. 299. Lo segue il VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 965.

⁶³⁾ L. 20 § 9 Dig. h. t.

ταῦτα δὲ πάντα περὶ τῶν ἐγγράφων δεῖ νοεῖσθαι διαθηκῶν (« haec autem omnia de scriptis intelligi oportet testamentis »).

Solo nel § 14 comincia la trattazione dei testamenti noncupativi, come appare dalle seguenti parole: « Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare iure civili testamentum ».

L'ordinanza notarile non parla dei sordi e dei muti, nè dei pazzi e dei ciechi. Si deve credere perciò che essi non siano esclusi dal far da testimoni? Ohi potrebbe sostenerlo? Ma nell'ordinanza è prescritto ai notari di fare attenzione nella confezione dei testamenti alle persone che esibiscono per testimoni, *perocchè molti ne siano per legge incapaci* (« denn viel sind in Rechten zu solchen Zeugniß verboten »), onde è chiaro che essi non possono ammettere testimoni esclusi dal diritto romano. Il diritto romano qui si applica tanto più sicuramente in quanto esso deve essere preso per norma generale nella materia dei testamenti. Il § 6 per ciò consiglia « di prendere un numero di testimoni superiore a quello necessario, affinché, se alcuni di essi siano trovati incapaci, il testamento non perda per ciò il suo valore. Non bisogna dunque maravigliarsi che nel § 6 I. *de test. ord.* 2, 10 non si parli dei ciechi: da ciò non si può argomentare che essi siano validi testimoni nei testamenti, poichè questa conclusione contraddirebbe in modo evidente ad altre disposizioni del diritto romano.

I testimoni non possono essere persone dichiarate dalla legge cittadini indegni e per ciò incapaci di confermare alcun che come testimoni o di ricevere anche conferma di quanto essi sostengono mediante testimonianza di altri. GIUSTINIANO nel § 6 I. h. t. dice *neque ii, quos leges iubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi*. Ho già spiegato questo testo altrove⁶⁴). In virtù di esso sono esclusi come *intestabiles* in primo luogo i condannati per

⁶⁴) Vedi il § 1404. Cfr. però DERNBURG, *Beitraege, ecc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani), § 3, pag. 21 seg. — MAKEZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), pag. 85 seg. e la *Tübinge kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (Rivista critica di giurisprudenza di Tübinga), vol. V, pag. 255 seg. Stuttgart 1729

adulterio. A ciò ci riferisce il passo di PAPINIANO tratto dal *liber singularis de adulteriis* ⁶⁵⁾:

« Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus. Et sane iuste ⁶⁶⁾ testimonii officio ei interdicatur ⁶⁷⁾. Existimo ergo, neque iure civili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit ».

Nella legge *Julia de adulteriis coercendis* era detto: « qui adulterium fecerit, sciens dolo malo, in insulam relegator, dimidia bonorum eius pars publicator, testimonii dictio ei ne esto » ⁶⁸⁾. Di qui la questione se l'incapacità dell'adultero qui sancita come pena si limitasse alle sole testimonianze in giudizio o si estendesse anche a quelle nei testamenti. La legge Giulia non aveva determinato ciò espressamente, onde il dubbio. PAPINIANO afferma anche la seconda alternativa e ritiene il testamento, nel quale abbia fatto da testimone un condannato per adulterio, nullo sì per diritto civile come per diritto pretorio ⁶⁹⁾. Per il difetto di questo solo testimone adunque il testamento è nullo del tutto anche per diritto pretorio. Da ciò si vede quanta importanza si attribuisca nel testamento anche a un solo testimone! E se ne ha del resto conferma nelle parole di GIUSTINIANO così spesso richiamate: « Cum res per testium solemnitatem ostenditur: tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda

⁶⁵⁾ L. 14 Dig. de testibus. Già sopra al § 1216 di questo *Commentario* abbiamo dimostrato che cosa significhi *adulterium* nel diritto romano e la differenza fra questo e il diritto canonico.

⁶⁶⁾ Lo SCHRADER, *ad tit. Digestorum de testibus*, Tubinga 1809, pag. 56, nota c, ritiene la parola *iuste* per un glossema, benchè l'abbiano la Fiorentina e tutte le altre edizioni, perocchè i giureconsulti romani non erano usi a giudicare della giustezza di una legge. Per ciò nella sua edizione egli l'ha tralasciata, quia *lex Iulia de adulteriis adulterii damnato testimonii officio interdixit*.

⁶⁷⁾ Lo SCHRADER, loc. cit., nota c, preferisce pure la lezione *interdicetur* a quella della Fiorentina *interdicetur*.

⁶⁸⁾ HOFFMANN, *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis, lib. singularis*, cap. IV, § 8 in FELLEBERG, *Iurisprudentia antiqua*, I, pag. 200 seg.

⁶⁹⁾ HOFFMANN, loc. cit., § 9, pag. 203.

est ». In secondo luogo sono incapaci come *intestabiles* i condannati pel delitto di corruzione (*lege repetundarum*) ⁷⁰⁾. In un testo di PAOLO libro III *Sententiarum*, la L. 15 Dig. *eod.*, è detto: « Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest ».

A queste espressioni di PAOLO sembra però contrario quanto dice ULPIANO nel libro I *ad Sabinum* ⁷¹⁾:

« Eum qui lege repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in iudicium testis esse vetatur ».

Questa è la lezione fiorentina, ma ALOANDEO, BAUDOZA, MERLINO, UGO DALLA PORTA, MIREO e quasi tutte le altre edizioni, come osserva il BRENNKMANN, ed anche l'ultima del BECK leggono: « adhiberi non posse », e ACCURSIO stesso osserva nella Glossa che già AZONE aveva nel suo manoscritto il *non* mancante nel PISANO. Questa opinione è seguita dopo il CUIACIO ⁷²⁾ dalla maggior parte degli scrittori moderni ⁷³⁾, i quali ritengono l'interpolazione di questo *non* l'unico modo di conciliare i due testi. Ludovico CHARONDAS, il quale

⁷⁰⁾ L. 3 Dig. *de lege Iulia repet.*, 48, 11. « MACER, libro I *publicorum*. *Lege Iulia repetundarum tenetur qui cum aliquam potestatem habere pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit* ».

Il *crimen repetundarum* dei Romani sembra però essere stato di contenuto più ampio che il moderno delitto di corruzione. Esso non conteneva solo l'illecita accettazione di doni per parte di magistrati e di giudici, ma anche le estorsioni e in generale tutti gli abusi commessi dai funzionari sui cittadini per avidità o per tirannia. Vedi FEURRBACH, *Themis*, Landshut 1812, n. IV, pag. 197 e *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (Trattato di diritto penale), § 476 seg. della 10.^a edizione, Giessae 1828.

⁷¹⁾ L. 20 § 5 Dig. h. t.

⁷²⁾ *Comm. ad L. 20 § 5 Dig. h. t. Opera ab ipso auctore recognita*, Hannoveriae 1602, pag. 211.

⁷³⁾ DONELLO, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 7, § 15. — DUARENIO, *Comm. ad h. t. Pand.*, cap. 6. — HOTOMANO, *Observationes*, lib. I, cap. 20 (al. 21). — FORSTER, *de interpretatione iuris*, lib. I cap. 2, e nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 960 seg. — LEONINO, *Emendationes*, lib. III, cap. 13. — GRAVINA, *Origines iuris civilis*, lib. III, cap. 94, p. m. 700. — SCHILTER, *Praxis iuris romani*, exercit. 38, § 44. — VOET, *ad Pandectas*, h. t., § 7, p. 220. — CANNEGIETER, *Observationes iuris romani*, lib. I, cap. 17, pag. 112. — POTIER, *Pandectae*, tomo II, h. t., n. 29, nota f. — WESTPHAL, *Theorie des Römischen Rechts von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano). § 199 (190), pag. 136 seg.

pure accetta la lezione col *non*, nota anche che il migliore manoscritto del quale egli si sia servito per la sua edizione delle Pandette, il *Codex Stephani Aureliani Veneti* ⁷⁴), di cui fa nella prefazione tanto alta stima, legge pure *non*. Ma Giacomo GOTOFREDO ⁷⁵) ha per primo difeso contro il CUIACIO la lezione fiorentina. Egli ritiene che ULPIANO sia stato veramente di opinione diversa da PAOLO, e ciò risulta, secondo lui, dall'espressione *existimo*. Evidentemente ULPIANO distingue la testimonianza in giudizio dalla semplice testimonianza in un testamento e afferma che la legge Giulia abbia escluso solo dalla prima i condannati per corruzione. Venuleio SATURNINO dice pure nella L. 6 § 1 Dig. *de lege Julia repet.* 48, 11: « *Hac lege damnatus testimonium publice dicere... prohibetur* »; il condannato dunque non era escluso anche dalle testimonianze estragiudiziali: per la stessa ragione ULPIANO credeva che quello potesse far testimonianza in un testamento quantunque incapace di far prova come testimone in giudizio. Il GOTOFREDO poi ritiene questa opinione la migliore; perocchè il *damnatus repetundarum* non diveniva infame, e per ciò non è da estendere la pena già dura della legge oltre i limiti in cui è sancita. Col GOTOFREDO concorda lo SCHULTING ⁷⁶). Egli pure crede che PAOLO e ULPIANO fossero di opinioni discordi e ne trova conferma nello Scoliate dei Basilici ⁷⁷), il quale appunto insegna avere in questo punto ULPIANO dissentito da PAOLO. PAOLO argomentava dall'incapacità alle testimonianze giudiziarie la incapacità pei testamenti. ULPIANO invece non arrivò a tale conclusione e, precisamente pel motivo che la *lex Julia repetundarum* dichiarava il condannato incapace soltanto per le testimonianze giudiziarie, egli annmise la capacità per far da testimone in un testamento privato.

L'opinione di questi scrittori fu seguita da una schiera di autori,

⁷⁴) Vedi la mia *Einleitung*, ecc. (Introduzione allo studio del diritto privato romano), § 76, pag. 320.

⁷⁵) *Comm. ad L. 1 Cod. Theod. ad legem Iuliam repetundarum*, tom. III, lib. IX, tit. 27, pag. 232 ediz. RITTER.

⁷⁶) *Ad Pauli Sent. Rec. III, 4 a*, nota 44 nella *Iurisprudentia vetus anteius.*, pag. 344, *Theses controversae*, dec. 100, § 7.

⁷⁷) XXI, 1, sch. o, pag. 554, 555 del vol. II nell'ediz. del FABROTO.

i quali per un rispetto quasi religioso all'antichità della fiorentina si faceano uno scrupolo di allontanarsi dalla lettera di essa ⁷⁸⁾. Sigismondo Riecardo JAUCH ⁷⁹⁾ ci sa anche spiegare il motivo del posto dato a ciascuno dei due testi dai compilatori delle Pandette. Il testo di PAOLO è stato collocato nel titolo *de testibus* volendo con ciò dar valore ad esso principalmente per ciò che riguarda l'incapacità a deporre in giudizio; il testo di ULPIANO invece ha trovato luogo nel titolo *qui testamenta facere possunt* intendendo così i compilatori di aderire all'opinione di quel giureconsulto più particolarmente nel riguardo della capacità a far da testimone nel testamento. Il MARCKART ⁸⁰⁾ osserva poi: *elegans est Jauchii modo laudati observatio*. Con tutto ciò non son mancati alcuni altri tentativi di conciliare PAOLO e ULPIANO senza emendazione del testo. Andrea F. RIVINUS ⁸¹⁾, già lustrò dell'università di Vittemberga e, certamente, non ultimo fra i giuristi, parte dall'idea che ULPIANO risolva una questione diversa da quella decisa da PAOLO. Alcuno può infatti, secondo egli osserva, essere adibito ad un testamento in due modi, o come testimone o come amanuense ⁸²⁾. Ora ambedue i giureconsulti son d'accordo nel ritenere che il condannato pel *crimen repetundarum*

⁷⁸⁾ NOODT, *Comm. ad Dig.*, XXII, 5, § *quaerentibus* in fine. Opera, t. II, pag. 479. — MARCKART, *Probabilia receptarum lectionum iuris civilis*, p. I, pagina 22 seg. Trajecti ad Rhenum 1737. — PAGENSTECHER, *Specimen de violenta emendatione in iure civili non admittenda*, cap. III, pag. 110. — ANONYMUS, *Considerationes*. — GRAVINA, *Opusculis praemissae*, pag. 14 edizione di Lipsia. — FREMERY, *Specimen de rationibus veterum iurisconsultorum*, cap. I, § 8, pag. 28 seg. — KOECHY, *Interpretazione della L. 20 § 5 D. qui test. fac. poss. e della L. 15 pr. Dig. de testibus secondo il Codice fiorentino nelle sue Civilistische Erörterungen* (Dissertazioni civili), I Raccolta, Lipsia 1797, n. IV, pag. 132-41. Anch'io ero una volta di quest'opinione. Vedi i miei *Opuscula*, fasc. 1, pag. 140 seg.

⁷⁹⁾ *Meditationes criticae de negationibus Pandectis Florentinis partim recte vel male iam adiectis, aut detractis vel circumscriptis*. Amstelædami 1728, cap. 13, n. 19, pag. 176.

⁸⁰⁾ Loc. cit., pag. 25.

⁸¹⁾ Programma sub tit. *In concordiam rediguntur Paulus in L. 15 D. de testibus et Ulpianus in L. 20 § 5 D. qui testam. fac. poss., adiecta*. F. I. BELMANNI, *Dissertatione de benigna iurisconsultorum interpretatione, sub eius praes. def.* Vittembergae 1752.

⁸²⁾ RIVINO cita qui PLINIO, II, ep. 20.

GLÜCK, *Comm. Pandette*. — Lib. XXVIII. — 41.

sia incapace di far da testimone tanto in giudizio, quanto in un testamento, ma è pure fuor di dubbio che un tal condaunato possa essere adibito a servizio del testatore e che un testamento scritto di sua mano non sia invalido. Di questo caso appunto tratta ULPIANO e così sparisce la contradizione. Un *intestabilis* è incapace di far da testimone così in giudizio come nei testamenti, ma ciò non impedisce che egli possa essere adibito dal testatore a scrivere un testamento: e questa è l'opinione accolta da GIUSTINIANO. Ond'è che per esempio uno schiavo non è testimone abile in giudizio nè in un testamento⁸³; ma non gli è proibito di scrivere il testamento del suo padrone⁸⁴; anzi gli schiavi erano di solito gli amanuensi dei loro padroni⁸⁵. Questo tentativo di conciliazione è certamente acuto, ma è anche consono alle regole dell'interpretazione? Non pare. Niuno infatti potrà credere che ULPIANO il quale, come n'è prova l'insieme del testo e come dice egli stesso nel § 3 della L. 20, tratta *de perhibendis* o secondo la miglior lezione⁸⁶ *de prohibendis in testamento testimoniis*, nel § 5 poi parlando di quello *qui lege repetundarum damnatus est*, non tratti più dei testimoni, bensì dell'*amanuense*. D'altronde PAPINIANO nella L. 14 Dig. *de testibus* 22, 5 parlando del *damnatus adulterii* c'insegna che non fu pacifico tra i giureconsulti se la persona dichiarata dalla legge incapace di far testimonianza in giudizio fosse anche per ciò solo incapace di far da testimone in un testamento: ciò è provato dalle parole *scio quidem tractatum esse*.

Un altro tentativo è quello dell'esimio professore CANNEGIETER⁸⁷)

⁸³) TERENCEIO, *Phormio*, atto II, scen. 1, n. 62 seg.:

« servum hominem causam orare leges non sinunt:
nec testimonii dictio est ».

Adde: SENECA, *Controversiae*, lib. II, contr. 1; L. 20 § 7 Dig. h. t.

⁸⁴) L. 28 Dig. h. t.

⁸⁵) SVETONIO, *Augustus*, cap. 67. — PIGNORIUS, *de servis*, pag. 109.

⁸⁶) Così leggono ALOANDRO, MERLINO, BAUDOZA e recentemente il BECK. La lezione *prohibendis* è accolta anche dal FORNERIO, *Res quotidianae*, lib. II, cap. 3 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 163, e dal POTHIER, *Pandectae Just.*, tomo II, h. t., n. 30, nota I, pag. 176. Cfr. SCHULTING, *ad Ulpianum*, XX, 9, nota 31, pag. 629.

⁸⁷) *D. Ulpiani fragmenta libri singularis regularum et incerti auctoris collatio legum Mosaicarum et Romanarum, quibus notas adiecit F. CANNEGIETER*. Lugduni Batavorum 1744; ad Ulpianum V, 10 (9), pag. 32 seg.

di Groninga. Egli crede che ULPIANO e PAOLO fossero della medesima opinione, perchè ritenere ULPIANO capace di un « *error inexcusabilis, supinus et iuris rationi adversus* », come quello che gli attribuisce la lezione fiorentina, sarebbe far onta al buon nome di questo *praestantissimus iurisconsultus*; ma il tentativo di conciliazione consistente nel correggere la lezione fiorentina con un *non* gli sembra infelice. Il *non* esisteva secondo lui nel testo, ma non nel luogo dove lo si vuole interpolare: nè che esistesse in tal luogo vi ha traccia. Il *non* spari per l'ignoranza di un copista poco edotto delle abbreviazioni dell'antica scrittura, ma si può, secondo il citato autore, restituire. In origine era scritto, a suo parere, nel modo seguente: « *ad testamentu-n adhiberi posse* », cioè: « *ad testamentum non adhiberi posse* ». L'*n* per *non* e una lineetta invece della lettera *m* è nelle antiche scritture cosa comunissima⁸⁸⁾; ma copisti ignoranti o non abbastanza attenti hanno per un errore facilmente perdonabile tradotto semplicemente *testamentum*.

Anch'io sono persuaso che ULPIANO non abbia voluto manifestare un'opinione diversa da PAOLO. La parola *existimo* non prova nulla in contrario, essa si spiega nel modo stesso che l'*existimo* di PAPI- NIANO nella citata L. 14 Dig. *de testibus*. In origine anche a riguardo del *damnatus lege repetundarum* dovette discutersi, come già secondo la L. 14 cit. pel *damnatus adulterii*, se egli fosse capace di fare da testimone in un testamento; perocchè anche la *lex Julia repetundarum* impediva al condannato per tale delitto, come già la *lex Julia de adulteriis* all'adultero, di far testimonianza in giudizio. Venuleio SATURNINO nella L. 6 § 1 Dig. *de lege Julia repetundarum* 48, 11 dice:

« *Hac lege damnatus testimonium publice dicere, aut iudex esse, postulareve prohibetur* ».

Possono esservi stati dunque dei giuristi che per mantener valido un testamento con simili testimonii abbiano cavillato sulle parole

⁸⁸⁾ Egli si richiama per ciò che dice della lettera *m* ad ARNTZEN, *ad Ca-tonem*, lib. I, dist. 12, 39 a BRENCMAN, *Historia Pandectarum*, lib. II, cap. 2, pag. 109, pag. 123 in fine *vocum*, e alla Dissertazione del proprio padre *ad Avianum*, pag. 305 seg. non che a BRANCHU, *Observationes ad ius roma-num*, p. I, pag. 234, in particolare circa il punto che quella lettera sia spesso stata tralasciata nella scrittura degli antichi.

testimonium publice dicere. Ma il grande ULPIANO non ha certamente accettato simile cavillo. nè GIUSTINIANO, quando pure ULPIANO ne fosse stato capace, gli avrebbe mai dato il suggello della forza legislativa. No; *l'existimo* di ULPIANO prova anzi che egli era al pari di PAOLO dell'opinione opposta. Il motivo addotto da ULPIANO « *quoniam in iudicio testis esse vetatur* » pone la cosa fuori di ogni dubbio. La *lex Julia* avea dichiarato espressamente il *damnatus repetundarum* incapace di deporre in giudizio; or quale conclusione più logica e naturale di questa, che se un tal delinquente non potea deporre in giudizio, non potesse neppure fare validamente da testimone in un testamento, posto che pei testimoni nei testamenti la legge era più rigorosa che pei testimoni ordinarii? PAOLO e ULPIANO non avean detto poco sopra che le donne potevano deporre in giudizio, ma erano incapaci di far da testimoni in un testamento? Il che non era che una conseguenza del più volte citato notevole principio espresso da GIUSTINIANO⁸⁹): « *cum res per testium solemnitate ostenditur tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est* ». Se si volesse invece ritenere che ULPIANO non abbia voluto ammettere l'illazione dall'incapacità di deporre in giudizio all'incapacità di far da testimone nei testamenti, quale non senso nella sua espressione come si legge nella fiorentina! ULPIANO avrebbe detto: chi è stato condannato pel delitto di corruzione può secondo la mia opinione essere adibito come testimone in un testamento perchè gli è proibito di fare testimonianza in giudizio. Se si volesse dare un senso logico a queste parole si dovrebbe innanzi tutto emendare il testo e leggere invece di *quoniam*, *quamvis*, in maniera che il senso sarebbe: Sebbene la legge Giulia vieti ai condannati pel *crimen repetundarum* di far testimonianza in giudizio, tuttavia io credo che essi possano essere adibiti come testimoni in un testamento. E il motivo di questa conclusione sarebbe, perchè la legge Giulia escludeva espressamente tali delinquenti soltanto dalle testimonianze giudiziali. O se poi si volesse mantenere il *quoniam*, il motivo addotto da ULPIANO avrebbe dovuto almeno essere espresso così: « *quoniam non nisi in iudicio testis esse vetatur* ». Ma con tutte queste emendazioni cosa si gua-

⁸⁹) L. 32 Cod. de fideicom.

dagnerebbe? Si attribuirebbe al grande ULPIANO un'opinione che egli stesso avrebbe dovuto respingere perchè nel più aperto contrasto con leggi notissime. Il *crimen repetundarum* apparteneva ai delitti *quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt*: fra queste leggi infatti MACRO enumera nel suo libro I *de publicis iudiciis* ⁹⁰⁾ anche la *lex Julia repetundarum*; lo stesso fa GIUSTINIANO nelle Istituzioni ⁹¹⁾. Il condannato per un tale *crimen iudiciorum publicorum* era colpito d'infamia perchè esso appariva degno della pena per sentenza di tutto il popolo ⁹²⁾. Non vi è dunque dubbio che anche il *repetundarum damnatus* fosse infame. Lo stesso MACRO nel libro II *iudiciorum publicorum* ⁹³⁾ dice:

« Infamen non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod iudicii publici causam habuit ».

Le conseguenze di questa infamia che seguiva tosto alla condanna si manifestavano particolarmente in ciò, che il *damnatus lege repetundarum*, oltre la perdita dell'ufficio, subiva anche la perdita della dignità del suo stato (*remotio ab ordine*) di guisa che egli non poteva più essere giudice nè fare una testimonianza, come dice MARCELLO nel libro III *Digestorum* ⁹⁴⁾:

« Cassius Longinus non putat ei permittendum qui propter turpitudinem senatu motus, nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex Julia repetundarum hoc fieri vetat ».

Lo stesso conferma Venuleio SATURNINO nella sopra citata L. 6 § 1 Dig. *de lege Julia repet.* 48, 11, e appunto in coerenza a questa infamia gl'imperatori GRAZIANO, VALENTINIANO e TEODOSIO nella L. 12 Cod. *de dignitatibus* 12, 1, ordinano che i giudici convinti di un tale delitto « *ablati codicillorum insignibus et honore exuti* », siano noverati « *inter pessimos quosque et plebeios, nec sibi post hac de eo honore blandiantur quo se ipsos indignos iudicaverunt* ».

⁹⁰⁾ L. 1 Dig. *de publicis iudiciis*, 48, 1.

⁹¹⁾ § 11 L. *eodem*, 4, 18.

⁹²⁾ Vedi MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), lib. I, sez. IV, § 3, pag. 124 seg. — FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (Trattato di diritto penale), § 480.

⁹³⁾ L. 7 Dig. *de publ. iud.*, 48, 1.

⁹⁴⁾ L. 2 Dig. *de senatoribus*, 1, 9. Vedi MAREZOLL, loc. cit., pag. 117.

Poteva, dopo ciò, un qualunque giureconsulto romano sostenere ragionevolmente che il condannato secondo la *lex Julia repetundarum*, per quanto dichiarato incapace di deporre in giudizio, fosse tuttavia capace di far da testimone in un testamento? Aggiungasi che i testimoni nel testamento non sono richiesti a solo scopo di solennità, ma anche e principalmente come mezzi di prova pei quali deve essere garantita la *perfectissima veritas testamenti*. Questa prova non interessa al momento della fazione del testamento, ma solo dopo la morte del testatore, quando all'apertura o dopo l'apertura del testamento nasca questione sul contenuto e la genuinità di esso e allora occorre una deposizione per parte dei testimoni in giudizio. In giudizio i testimoni debbono riconoscere il loro suggello e le loro firme ⁹⁵⁾ e confermare con giuramento le loro dichiarazioni ⁹⁶⁾. Come può richiedersi ciò da persone incapaci a rendere una testimonianza giudiziale? È dunque una conseguenza naturale e necessaria che gli infami, ai quali sia espressamente e nominativamente tolta da una legge la capacità di deporre in giudizio, siano incapaci anche di essere adibiti come testimoni nei testamenti ⁹⁷⁾. Da questo concetto partì PAOLO nella L. 15 Dig. *de testibus* 22, 5, nè ULPIANO fu certo di opinione diversa. Ciò appare, in primo luogo dal motivo che egli adduce della sua decisione « quoniam in iudicio testis esse vetatur », secondariamente dal fatto che ULPIANO tratta qui in generale degli incapaci di far da testimoni nei testamenti; ora perchè avrebbe egli dovuto fare un'eccezione per quello *qui lege repetundarum damnatus est*? In terzo luogo, posto che nella L. 15 Dig. *de testibus* è insegnato diverso principio, come credere che GIUSTINIANO abbia voluto accogliere nelle Pandette l'opinione evidentemente opposta di ULPIANO, mentre nella costituzione *de confirmatione Digestorum* § 15, afferma che non si possa trovare *contrarium aliquid in hoc codice positum*? Il ragionamento del JAUCH che i compilatori abbian posto il testo di PAOLO nel titolo *de testibus* perchè tratta delle testimonianze giudiziali e quelle di ULPIANO nel titolo *qui testamenta facere possunt*

⁹⁵⁾ L. 4 Dig. *test. quem. aper.*

⁹⁶⁾ L. 21 in f. Cod. *de testam.*

⁹⁷⁾ MAREZOLL, loc. cit., § 5, pag. 223 seg.

perchè tratta *de iure testamenti* è ridicolo. Perchè non avrebbero in tal caso i compilatori cancellato senz'altro le parole *nec ad testamentum* dal testo di PAOLO e ridotto semplicemente a dire: « *repetundarum damnatus ad testimonium adhiberi non potest?* ». Quando poi lo Scoliaſte dei Basilici dice che la cosa fu discussa tra i giureconsulti romani, ciò non può essere, perocchè sembra del tutto inverosimile che ULPIANO abbia su questo punto discordato da PAOLO, e solo può tale inverisimiglianza scusarsi pensando che lo Scoliaſte abbia posseduto un manoscritto scorretto, e ritenendo così col WESTPHAL⁹⁸⁾ che l'errore sia molto antico. Bisogna dunque seguire l'opinione di coloro che hanno cercato di ridar l'onore al calunniato ULPIANO mediante l'interpolazione di una negazione, oppure accettare la saggia congettura del CANNEGIETER, il quale spiega l'erronea lezione della L. 20 § 5 con l'ignoranza dell'amanuense in fatto di abbreviazioni e segni delle antiche scritture; ma da una di queste due vie non si esce, ciò richiede il buon senso.

Sono in terzo luogo *intestabiles* i condannati per diffamazione. ULPIANO dice nel libro I *ad Sabinum*⁹⁹⁾:

« Si quis ob carmen famosum damnetur senatusconsulto¹⁰⁰⁾ expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis ».

E Arcadio CARISIO *libro singulari de testibus*¹⁾:

« Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit ».

ULPIANO nel libro XVI *ad Edictum*²⁾ dice:

« Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret, etiam

⁹⁸⁾ *Theorie von Testamenten* (Teoria dei testamenti), § 67, § 199.

⁹⁹⁾ L. 18 § 1 D. h. t. VINNIO, *Comm. ad § 6 I. de test. ord.*, 2, 10, n. 5.

¹⁰⁰⁾ Senza dubbio qui si allude al senatusconsulto *ad legem Corneliam de iniuriis*, di cui fa cenno PAOLO nelle *Sent. Rec.*, V, 4, 15. Vedi SCHULTING, *Iurisprudentia vetus antejus.*, pag. 444. Esso è probabilmente dei tempi di Augusto. Vedi BACH, *Historia iurisprudentiae romanae*, pag. 381.

¹⁾ L. 21 pr. Dig. *de testibus*, 22, 5. Vedi RAU, *Dissertatio de Aurelio Arcadio Charisio vetere iurisconsulto*, Lipsiae 1773, cap. IV, pag. 25 seg.

²⁾ L. 5 § 9 Dig. *de iniuriis*, 47, 10. Vedi Scipione GENTILE, *Parerga ad Pandectas*, II, cap. 30 nel *Thesaurus* di OTTONE, IV, pag. 1348 seg.

si alterius nomine ediderit, vel sine nomine, uti de ea re agere lice-
ret, et si condemnatus sit qui id fecerit, intestabilis ex lege esse
iubetur ».

Sono finalmente annoverati fra gli *intestabiles* gli apostati e gli
eretici ³⁾.

Deve inoltre osservarsi che GIUSTINIANO ad evitare il pericolo, di
cui egli stesso adduce un esempio, che testimoni cattivi commettano
un falso nella confezione del testamento ha ordinato nella Nov. 90
cap. I che i testimoni debbano essere persone *bonae opinionis*. Dopo
ciò è fuor di dubbio che non solo gli infami, ma ogni persona la cui
opinio non sia più integra non possa far da testimone, nè in un
testamento nè in giudizio ⁴⁾.

In secondo luogo è regola del diritto civile che nel giudicare della
capacità del testimone di un testamento si debba guardare al tempo
in cui questo vien fatto. Se uno o l'altro dei testimoni divenga in-
capace in seguito, ciò non nuoce alla validità del testamento, almeno
quando si tratti di testamento scritto, perchè in questo i testimoni
hanno già fatto la parte loro colla sottoscrizione e l'apposizione del
sigillo ⁵⁾. A ciò si riferisce ULPIANO in L. 22 § 1 Dig. h. t. :

« *Condicionem testium tunc inspicere debemus cum signarent, non
mortis tempore. Si igitur tunc cum signarent tales fuerunt ut adhi-
beri possent nihil nocet, si quid postea eis contigerit* » ⁶⁾.

³⁾ L. 3 Cod. *de apostatis*, 1, 7 ; L. 4 Cod. *de haereticis*, 1, 5. VINNIO, *Comm. ad § 6 I. de test. ord.*, N. 5. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, II, § 1264. Sui concetti di *apostasia* e *haeresis* vedi BOEHMER, *Principia iuris canonici*, §§ 869, 873. — TITTMANN, *Handbuch des deutschen peinlichen Rechts* (Manuale di diritto penale tedesco), III, § 600. — QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts* (Principii di diritto penale tedesco), I, §§ 144, 145. — BRENDL, *Handbuch des Kirchenrechts* (Manuale di diritto ecclesiastico), § 215, pag. 735. Sull'applicazione odierna di questo principio vedi SCHILTER, *Praxis iuris romani*, exercit. 38, §§ 31-35. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), vol. III, § 905.

⁴⁾ MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), sez. IV, § 5, pag. 225 seg.

⁵⁾ Vedi i miei *Opuscula iuridica*, fasc. 1, pag. 73 seg.

⁶⁾ Vedi i miei *Opuscula*, fasc. 1, pag. 83.

Ma se si tratta di un testamento nuncupativo? In questo i testimoni fanno la loro testimonianza, soltanto quando dopo la morte del testatore nasce la questione sull'esistenza di un valido testamento, dal quale alcuno accampi un diritto d'eredità. Che cosa deve decidersi dunque se in tal caso un testimone abbia subito tali modificazioni nella sua capacità da non essere più capace di essere adibito come testimone in un testamento? In tal caso è certo che il testamento non perde la sua validità fin che non si disputi sul contenuto e sulla certezza di esso, ma solo si disputi se uno o l'altro dei testimoni abbia al momento della confezione di esso avuto i requisiti necessari per fare da testimone. Se invece si tratti di ottenere mediante la deposizione di un tal testimone l'affermazione in giudizio sulla piena certezza e verità del testamento, importa distinguere se il testimone che ha subito poi una modificazione nel suo stato personale sia o no ancora capace di fare validamente testimonianza in giudizio. Se sì il mutamento non nuoce alla validità del testamento. Ma in caso contrario dovrà credersi che un tale testimone possa validamente far prova in giudizio per la ragione che nel giudizio sulla capacità dei testimoni di un testamento si deve guardare solo al tempo della fazione di questo? Il CUIACIO ⁷⁾ lo afferma. Il DUBRENO ⁸⁾ però ha confutato questa opinione coll'argomento fondamentale che per la capacità a costituire una prova testimoniale si deve guardare che il testimone abbia i requisiti al momento in cui egli deve deporre in giudizio ⁹⁾.

Che cosa deve dirsi però del caso in cui per errore uno dei testimoni sia stato ritenuto capace al tempo della fazione del testamento e poi si scopra che era incapace? Secondo una disposizione dell'imperatore ADRIANO nella L. 1 Cod. *de testam.* 6, 23 bisogna distinguere se il testimone era generalmente ritenuto capace o no. Nella prima ipotesi il testamento deve per ragioni di equità ritenersi valido. Ecco le sue parole:

⁷⁾ *Commentarius ad h. t. Pandectarum*, ad L. 22 § 1, *condictionem*, *Opera ab ipso edita*, II, pag. 213.

⁸⁾ *Comm. in tit. Dig. qui testamenta facere possunt*, cap. 6, *de testibus in testamento idoneis*, *Opera*, pag. 326 seg.

⁹⁾ L. 2; L. 3 *Dig. de testibus*, 22, 5.

« *Testes servi an liberi fuerint non in hac causa tractari oportet. cum eo tempore quo testamentum signabatur omnium consensu liberorum habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit* ».

A questo rescritto di ADRIANO si riferisce anche GIUSTINIANO nelle Istituzioni al § 7 *de test. ord.*:

« Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Oatonio Vero, quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut ¹⁰⁾ sic habeatur atque si, ut oportet, factum esset, cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset qui ei status controversiam moveret ».

In ambedue i testi si parla soltanto del caso che alcuno sia ritenuto libero *omnium consensu*, vale a dire non solo dagli altri testimoni, come vorrebbe il DONELLO ¹¹⁾, ma da tutti gli abitanti del luogo ¹²⁾, κατὰ τὴν πάντων γνώμην, come dice TEOFILO, *secundum omnium opinionem*, e poi sia scoperto schiavo. Un tal testamento per benigna interpretazione si ritiene non ostante valido. Nello stesso senso deve essere stato il rescritto di SEVERO e ANTONINO, ma questo rescritto non si conosce ¹³⁾. Lo stesso principio si applica a parecchi altri casi, come per esempio se una donna abbia nascosto il proprio seno in modo che sia stata ritenuta da tutti per un uomo, o se un impubere si sia spacciato per pubere ¹⁴⁾. Non tutti gli scrittori però sono d'ac-

¹⁰⁾ Parecchi editori (ALOANDRO, CHARONDAS, BAUDOZA, BUCHER e altri) leggono: *ut sic habeatur, firmum*. TEOFILO, *Paraphrasis* ha semplicemente: ὥστε εἶναι αὐτὸν ἐν τοιαύτῃ τῇ τάξει, ἐν ᾗ περ ἔμελλεν ο εἶναι, αὐτὸν ἀρχὴν ἀνιπιδίπτως ἐγὼ veto (ut ea id esset condicione in qua futurum erat si principio inculpate factum fuisset).

¹¹⁾ *Comm. ad L. 1 Cod. de testamentis*.

¹²⁾ Vedi VINNIO, *Comm. ad § 7 I. h. t.*, n. 4. — WISSENBACH, *Comm. ad L. 1 Cod. de testamentis*, pag. 541 seg.

¹³⁾ SCHAUMBURG, *Commentarius de constitutionibus imperatorum antiquis iis speciatim, quae in Institutionibus citantur et in Codice repetitae praelectionis omissae sunt*. Lemgovii 1735, manip. II, obs. 4, pag. 52 seg.

¹⁴⁾ OTTONE, *Comm. ad § 7 I. de test. ord.*, pag. 246. — VINNIO, *Comm. ad*

cordo nell'ammettere questa estensione, poichè il principio si fonda su una speciale *principum liberalitas* e quindi deve riguardarsi come un *ius singulare* che non comporta estensione ¹⁵⁾.

I testimoni non devono trovarsi in rapporti tali col testatore o coll'erede da rappresentare con uno di essi giuridicamente una sola persona. Per ciò innanzi tutto non può l'erede essere testimone nel testamento nel quale è istituito ¹⁶⁾. GIUSTINIANO pel primo mutò in questo punto l'antico diritto, il quale nel testamento *per aes et libram* escludeva il *familiae emptor*, ma non l'erede dall'ufficio di testimone, e dispose che, dopo che quell'antica forma di testamento era andata in disuso anche l'erede a somiglianza dell'antico *familiae emptor* fosse incapace di fare da testimone. La costituzione di GIUSTINIANO non ci è pervenuta; noi ne conosciamo solo il contenuto dalle Istituzioni, e ciò che ne troviamo nelle Pandette vi è probabilmente stato introdotto per via d'interpolazione. Nelle Istituzioni, § 10 *de test. ord.* 2, 10, così parla GIUSTINIANO della sua costituzione:

« Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate eius est.... testes adhiberi possunt: quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat et veteres qui familiae emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerunt, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi autem et iis qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare..., tamen nos eandem observationem corrigentes..., ad imitationem pristini familiae emptoris, merito nec heredi qui

eundem, § 7 I, n. 5 in fine. — HUBERO, *Praelectiones iuris civilis secundum Inst.*, lib. II, tit. 10, § 14 in f. — HOPP, *Comm. ad Instit. Iustiniani*, ad § 7, *de test. ord.*, pag. 396 ediz. Walch. — HOFACKER, *Principia iuris civilis germanici*, II, § 1263, nota a.

¹⁵⁾ Paolo VOET, *Comm. ad § 7 I. de test. ord.*, n. 2, pag. 625 Lugduni Batavorum 1691. — VULTEIO, *Comm. in Inst. iuris civilis*, § 7 cit., n. 18.

¹⁶⁾ Vedi HARPPRECHT, *Disputatio de testimonio testamentario heredi interdicto, ad illustrationem L. 20 pr. D. qui test. fac. poss. et § 10 I. de test. ord.*, Tübingae 1688 nelle *Dissertationes academicae*, vol. I, disp. 43, pag. 1540. — FRITZ, nel *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (Magazzino di giurisprudenza e legislazione) di Grolman e Löhr, vol. IV, fasc. 3, n. 17, pagina 324 seg.

imaginem vetustissimi familiae emptoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, coniunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonium praestare ».

In un passo delle Pandette, che secondo l'iscrizione appare tratto da ULPIANO, libro primo *ad Sabinum*, e dove ULPIANO tratta dei testimoni testamentarii, è detto coerentemente a quella costituzione:

L. 20 pr. Dig. h. t. — « Qui testamento heres instituitur in eodem testamento testis esse non potest ».

Ma ULPIANO non può aver parlato così, perchè ai suoi tempi il testamento *per aes et libram* era ancora il modo ordinario di testare, e in esso l'erede poteva secondo il rigor del diritto fare da testimone, *quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fiebat*, come dice ULPIANO stesso ¹⁷⁾. Probabilmente dunque qui ha lavorato, come già sopra notavo, la mano di TRIBONIANO ¹⁸⁾. Ma poichè d'altra parte GAIO ¹⁹⁾, pur esponendo quel rigoroso diritto pel quale *ipse quoque heres* potea essere adibito come testimone o libripende, non potea fare a meno di osservare « *sed tamen minime hoc iure uti debemus* », potrebbe anche darsi che già ULPIANO non ammettesse la testimonianza dell'erede. GIUSTINIANO però ha elevato a necessità giuridica questo semplice consiglio degli antichi e si è dichiarato per l'opinione negativa, onde forse egli prese il frammento di ULPIANO che la pensava come lui e lo introdusse nelle Pandette. Così congettura il DEENBURG ²⁰⁾. Ma io credo che GIUSTINIANO, il quale volentieri si richiama all'autorità di giureconsulti famosi, non avrebbe mancato di richiamarsi anche ad ULPIANO se questi fosse stato veramente dell'opinione negativa. GIUSTINIANO invece si richiama qui alla stessa ragione per la quale anche nel testamento *per aes et libram* il *familiae emptor* non potea essere erede, essendo ora l'erede sottentrato nel posto del *familiae emptor*, « *quia totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia creditur hodie*

¹⁷⁾ XX, 3.

¹⁸⁾ Vedi il § 1412 a.

¹⁹⁾ Inst. II, 108.

²⁰⁾ *Beiträge, ecc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani). Aggiunto pag. 321.

inter testatorem et heredem agi ». Questo *negotium* è, come nota il DONELLO ²¹⁾, l'istituzione d'erede senza della quale non c'è testamento ²²⁾, facendosi il testamento appunto per istituire un erede. La validità del testamento dunque riposa ora sull'erede come una volta sul *familiae emptor*; l'erede solo è in rapporto immediato col testatore come una volta appunto il *familiae emptor*, anzi egli è considerato come una persona sola col testatore; egli non può dunque fare da testimone perchè farebbe da testimone *in re propria*, se non vi è il numero prescritto di testimoni oltre lui il testamento è nullo ²³⁾. Tutto ciò non si può dire che dell'erede diretto, senza distinzione però se sia erede primo o sostituto, se erede universale o parziario ²⁴⁾. Il fedecommissario e il legatario non sono invece esclusi ²⁵⁾. Ciò ne insegna espressamente GIUSTINIANO nel § 11 I. *de test. ord.* 2, 10:

« Legatariis autem et fideicommissariis, quia non iuris successores sunt, et aliis personis eis coniunctis testimonium non denegamus: immo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus; et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, huiusmodi licentiam damus ».

La costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO qui citata non si trova nel Codice ²⁶⁾. Probabilmente essa chiudeva il titolo *de testamentis*. Il

²¹⁾ *Commentarii de iure civili*, VI, 7, 20.

²²⁾ L. 1 § ult. *Dig. de vulg. et pup. subst.*

²³⁾ Vedi HARPPRECHT, *Dissertatio de testimonio testamentario heredi interdicto*, §§ 44, 49. — FRITZ, *Magazin für Rechtswissenschaft*, ecc. (Magazzino di giurisprudenza e legislazione), IV, fasc. 3, n. 17, §§ 2, 3.

²⁴⁾ HARPPRECHT, *Diss. cit.*, §§ 10, 13.

²⁵⁾ HARPPRECHT, *Disputatio de testimonio testamentario fideicommissarii*, Tübinga 1688; *Disputatio de testimonio testamentario legatariis permissio* (nelle sue *Dissertationes academicae*, vol. I, n. 40, 41). — DONELLO, *Commentarii de iure civili*, VI, c. 7, §§ 22, 23. — FORNERIO, *Selectiones*, lib. II, cap. 12 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 59 seg. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, II, § 1264. — THIBAUT, *System des Pandektenrechts* (Pandette), II, § 692. — LÖHR, *Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts* (Brevi osservazioni sul diritto ereditario) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, n. 14, § 4, pag. 189-91.

²⁶⁾ SCHAUMBURG, *de constitutionibus imperatorum antiquis*, iis specialim quas in *Institutionibus* citantur, Manip. II, obs. 5, ad § 11 I. *de test. ord.*, pag. 54 e seg.

CHARONDAS infatti nella sua edizione del Codice osserva alla fine di questo titolo che tanto nel manoscritto Auredano quanto in quello di San Dionigi (*liber Dionysianus*) c'è la lacuna di una costituzione greca ²⁷⁾. È fuor di dubbio che già lungo tempo prima di GIUSTINIANO i legatarii e i fedecommissarii potessero far da testimoni nei testamenti nei quali erano onorati. Secondo la testimonianza di MARCIANO ²⁸⁾ già TREBAZIO non esitava a dichiarare valido un legato a favore di un testimone del testamento: POMPONIO era della stessa opinione e MARCIANO che li seguiva dice:

« Si quis ita scripserit, illis qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato, Trebatius utile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis: quod verum esse existimo ».

Nel caso del testo non si dubitava dunque che ad un testimone potesse esser lasciato un legato. Ciò sembra anzi presupposto come noto. Il dubbio consisteva piuttosto sul punto se il legato che doveva esser pagato dall'erede al testimone non fosse da ritenere nullo, perchè poteva sembrare, così come era concepito, un legato a persone incerte, non sapendo forse il testatore nel momento in cui scriveva il testamento, chi avrebbe poi adibito per testimoni. Ma questo dubbio fu tolto dal motivo decisivo *quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis*, vale a dire che il testamento diviene valido coll'intervento dei testimoni e l'incertezza viene così tolta. In questo modo è stata spiegata la legge anche dal FOENERIO ²⁹⁾ e dall'HOUCK ³⁰⁾, e a me non sembra affatto necessario di mutare la lezione e leggere col TEISTERBAUT ³¹⁾, *quia ipso testamento confirmatur, testibus adhibitis*.

²⁷⁾ WITTE, *Leges restitutae des Iustinianischen Codex* (Leges restitutae del Codice Giustiniano), Breslavia 1830. pag. 199.

²⁸⁾ L. 14 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5.

²⁹⁾ *Rerum quotidianarum, liber III*, cap. 23 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 219.

³⁰⁾ *Dissertatio de rationibus veterum iurisconsultorum falso suspectis*, Traiecti ad Rhenum 1734, cap. II, § 1 in OELRICH, *Thesaurus dissertationum iuridicarum Belgicarum*, vol. I, tom. I, pag. 343 seg.

³¹⁾ *Observationes et emendationes*, lib. I, cap. 29, § 173 seg., ediz. Lugduni Batavorum 1819.

Del resto il fatto che l'erede stesso è capace di fare da testimone toglie ogni dubbio sulla capacità del legatario. GAIO ³²⁾ pone ciò come indubitato :

« Is vero qui in potestate heredis aut in potestate legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est... ab eo qui testamentum facit testis et libripens adhiberi potest : ut ipse quoque heredes et legatarius iure adhibeantur ».

ULPIANO ³³⁾ è bensì di altra opinione per ciò che riguarda l'erede, forse però in seguito ad interpolazione, ma concorda pienamente con GAIO per ciò che riguarda il legatario. Nel libro primo *ad Sabinum* egli dice:

« Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat, ut puta si impubes vel si in potestate sit testatoris ».

Gli imperatori VALENTINIANO, TEODOSIO ed ARCADIO ritennero parimente valido un testamento in cui i legatarii fossero adibiti come testimoni. In una costituzione da loro diretta nell'a. 396 ad ETEEMALE proconsole di Asia, la L. 3 § 3 Cod. Th. *de test. et codicillis* 4, 4 ³⁴⁾ è detto :

« Nec si quid ex munificentia morientis fuerint consecuti infructuosum subscribentes facient testamentum, cum hoc auctorem prudentissimum iurisconsultorum non sit ambiguum Scaevolam ³⁵⁾ comprobasse ».

Lo stesso ripete ZENONE nella L. 22 Cod. *de test.* 6, 23 emanata nell'anno 460 :

« Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libitu, quod voluerit testator relinquere non prohibetur ».

³²⁾ Inst. II, 108.

³³⁾ L. 20 pr. Dig. h. t.

³⁴⁾ GOTOFREDO, *Comm. in Cod. Theod.*, ad h. l., tomo I, pag. 380 edizione RITTER.

³⁵⁾ Il responso di SCEVOLA, cui qui si riferiscono gl'imperatori, non si trova nelle *Pandette*.

Qual necessità allora di una nuova costituzione di GIUSTINIANO? Come poteva questo anzi dire nelle sue Istituzioni di avere espressamente concesso ai legatarii e ai fedecommissarii di poter fare da testimoni nel testamento? Questo testo non potrebbe forse essere un nuovo appoggio alle accuse di Giovanni CORASIO ³⁶⁾ il quale dice che GIUSTINIANO si è spesso attribuito il merito di avere introdotto come diritto nuovo ciò che era già ammesso da secoli? Sembra che la cosa si spieghi nel modo seguente. GIUSTINIANO aveva in una sua costituzione abolito l'antico diritto vigente già pel testamento *per aes et libram*, secondo il quale non solo il legatario, ma anche l'erede poteva fare da testimone, e l'abolizione si fondava sul motivo che il negozio principale nel testamento si compieva direttamente fra il testatore e l'erede, non più, come una volta, fra il testatore e il *familiae emptor* e l'erede per conseguenza, apparendo testimone in causa propria, non dovea più esser capace di tale ufficio. Questa ragione sembrava adattarsi anche ai legatarii e ai fedecommissarii, i quali pure aspettavano dei vantaggi dal testamento e sono per ciò come l'erede interessati nel testamento. Avrebbe dunque potuto credersi che come l'erede non poteva più esser testimone nel testamento nel quale era istituito, così i fedecommissarii e i legatarii non lo potessero in quello dove erano onorati; *nullus enim idoneus testis in re sua esse intelligitur*, dice POMPONIO nel libro I *ad Sabinum* ³⁷⁾. Per togliere questo dubbio GIUSTINIANO ritenne necessario dichiarare in una speciale costituzione che i legatarii e fedecommissarii non si trovavano col testatore nello stesso rapporto che gli eredi, perocchè quelli non erano come questi *iuris universi successores* per avere i quali si era fatto il testamento. A loro dunque e alle persone con loro collegate non era negato di far da testimoni nel testamento col quale venivano favoriti ³⁸⁾. Molti moderni scrittori però non hanno voluto vedere la ragione qui data da GIUSTINIANO. E per ciò alcuni han cercato altre ragioni, altri han cercato invece di limitare in vario

³⁶⁾ *Miscellanea iuris civilis*, lib. V, cap. 17, pag. 371 seg.

³⁷⁾ L. 10, Dig. *de testibus*, 22. 5.

³⁸⁾ HARPPRECHT, *Dissertatio de testimonio testamentario legatariis permissio*, th. 3, pag. 1478.

modo contro la volontà stessa dell'imperatore l'applicazione della costituzione. Per ciò che riguarda la ragione della decisione, a taluni ³⁹⁾ essa non è parsa soddisfacente per il motivo che i legatarii, pur facendo testimonianza non tanto a favor proprio quanto a favor dell'erede, sono tuttavia interessati al mantenimento del testamento, in quanto se il testamento fosse annullato essi perderebbero i legati. Pertanto, avendo da aspettare un vantaggio per quanto mediato dalla lor testimonianza, essi restano sempre testimoni in causa propria. « Palam est, dice ULPIANO ⁴⁰⁾, eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet ». Quegli scrittori ritengono invece più convincenti le seguenti ragioni. 1.° L'esistenza degli altri testimoni fa sparire ogni sospetto di falso circa la testimonianza del legatario: il legato esiste quindi non tanto per la testimonianza di questo quanto per quella degli altri testimoni non interessati. 2.° Il legatario non ha nulla a che fare con l'erede. Poichè questo deve la validità del testamento e quindi l'eredità ai testimoni, sarebbe ingiusto che poi rifiutasse il pagamento del legato al legatario sotto il pretesto che abbia fatto da testimone in causa propria. 3.° In fine dato il costume dei Romani di prendere per testimoni i loro più fidi amici, sarebbe stato duro se non avessero poi potuto lasciar nulla in legato a questi in prova del loro affetto ⁴¹⁾. Queste ragioni non ci soddisfano. Se è vero che i Romani non hanno mai ritenuto nullo un legato ad un testimone, da ciò solo appare che la regola per la quale nessuno può far da testimone in causa propria non trova applicazione dove si tratta dei soli legati. La ragione addotta da GIUSTINIANO è dunque la sola vera: legatarii e fedecommissarii possono essere testimoni nei testamenti perchè essi non sono le persone principali a favor delle quali vien

³⁹⁾ CONNANO, *Commentarii iuris civilis*, lib. IX, cap. 3, pag. 665 b, *Latinitas* 1555. — VINNIO, *Comm. ad § 11 I de test. ordin.*, n. 2. — HARPPRECHT, *Diss. cit.*, § 6, n. 57 seg., pag. 1485. — HOEFFNER, *Commentario alle Istituzioni di Eneccio*, § 445, nota 12, pag. 473.

⁴⁰⁾ L. 1 § 11 Dig. quando appell. sit., 49, 4.

⁴¹⁾ SIMMACO, lib. X, epist. 62. « Quis non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conducuntur? Iam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari? ».

fatto il testamento, essi non sono quelli che dopo la morte del testatore sottentrano nei suoi diritti ed obbligazioni, e lo rappresentano, non sono in altre parole *iuris successores*. Non si può dunque dire che il negozio ad attuare il quale si fa il testamento avvenga tra loro e il testatore.

Non ostante quanto abbiamo sin qui detto gli scrittori han voluto limitare in vario modo l'applicazione della costituzione di GIUSTINIANO. Alcuni ⁴²⁾ distinguono fra testamento scritto e testamento orale e credono che nel primo potessero i legatarii far da testimoni, nel secondo no. La ragione sarebbe che nel testamento scritto il contenuto del testamento rimane ignorato ai testimoni, mentre in quello orale tutti i testimoni debbono conoscere precisamente l'ultima volontà del testatore e così il testimone sa se gli è stato legato qualche cosa. Ora, poichè in questo testamento la prova riposa tutta sulla dichiarazione dei testimoni, i quali sono adibiti solo a prova dell'ultima volontà in riguardo così all'istituzione d'erede come ai legati, il legatario non può in esso fare da testimone al modo stesso che in un testamento scritto non può un testimone scrivere di propria mano un legato a proprio favore. Le leggi sopra citate si riferirebbero pertanto, secondo questi autori, ai soli testamenti scritti.

Ma questi argomenti sono insignificanti. In primo luogo infatti il motivo per cui GIUSTINIANO ritiene i legatarii validi testimoni è generale e si applica a tutti i legatarii, sia il testamento scritto od orale. Secondariamente, fu già sopra dimostrato che i testimoni non sono mai adibiti nei testamenti, siano scritti od orali, a semplice scopo di solennità, ma principalmente anzi per la prova dell'ultima volontà; quindi se i legatarii sono incapaci di far da testimoni in un testamento orale debbono esserlo anche in un testamento scritto. In terzo luogo si nota che è del tutto indifferente che il legatario sappia che qualche cosa gli è stato legato al momento della fazione del testamento o solo dopo l'apertura di questo; altrimenti il lega-

⁴²⁾ A. FABRO, *de erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, dec. 66, errore 1. — DUARENO, *Comm. in tit. Pandectarum, qui testam. facere possunt*. Cap. *de testibus in testamento idoneis*, Opera pag. 326 seg. — DAUTH, *Doctrina de testamentis*, ad L. 20 h. t. — RICHTER, *Decisiones*, XXI, n. 21.

tario non potrebbe esser testimone neppure in un testamento scritto. In fine la regola che nessuno può esser testimone in causa propria non osta al legatario, peichè questi colla sua testimonianza conferma soltanto la verità della dichiarazione di ultima volontà fatta ai testimoni. La sua testimonianza dunque non si riferisce al legato, ma all'istituzione d'erede, la quale è l'essenza del testamento e la quale sola richiede la presenza dei sette testimoni: il legato poteva farsi anche davanti a cinque soli testimoni, la dichiarazione degli altri testimoni serve soltanto a prova maggiore. Per ciò dunque a ragione i più degli scrittori ⁴³⁾ rigettano la distinzione fra testamento scritto e testamento orale. Con che cade anche l'opinione di coloro ⁴⁴⁾ che affermano che il legatario sia capace di fare da testimone a scopo di solennità nel testamento, ma non a scopo di prova del contenuto di questo ⁴⁵⁾.

Altri scrittori ⁴⁶⁾ distinguono per ciò che riguarda il fedecommes-

⁴³⁾ CONNANO, *Commentarii iuris civilis*, lib. IX, cap. 3, pag. 666 b. — VIGLIO ZUICHEMO, *Comm. in tit. Inst. de test. ord.*, ad § 11, n. 9, pag. 35, Basilae 1534. — VINNIO, *Comm. ad § 11 Inst. de test. ord.*, n. 2. — WISENBACH, *Exercitationes ad Pandectas*, Disp. 54, th. 26, pag. 567 seg. — HARPPRECHT, *Disp. cit.*, th. 20-23. — STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exercit. 32, th. 13. — MÜLLER, *ad Struvium*, loc. cit., note i, x. — SCHILTER, *Praecepta iuris romani*, exerc. 39-41. — HAHN, *Observationes theor. pract. ad Wesenbecium*, h. t., n. 11. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pandectarum*, pars II, h. t., § 68. — CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, pars III, const. 3, def. 6, n. 8. — L. B. A WERNHER, *Selectae observationes forenses*, tom. II, p. 10, obs. 318. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Del testamenti), § 198. — Fratelli OVERBECK, *Meditationes über verschiedene Rechtsmaterien* (Meditazioni su varie materie giuridiche), vol. IV. med. 263.

⁴⁴⁾ BROKES, *Selectae observationes forenses*, obs. 274, pag. 315. — WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sect. II, cap. 4, membr. 3, § 13, pagina 303 seg.

⁴⁵⁾ Cfr. specialmente HARPPRECHT, *Disputatio de testimonio testamentario legatarii permissio*, th. 40-51 (*Dissertationes academicae*, vol. I, pag. 1510 seg.).

⁴⁶⁾ Antonio FABRO, *de erroribus pragmaticorum*, decad. 66, err. 5. — CANTUICOLA, *Paraphrasis in tres priores Institutionum civilium libros*, Lugduni 1550, tit. de testamentis ordinandis, n. 5. — HAHN, *Observationes ad Wesenbecium*, h. t., n. 11. — STRAUCH, *Dissertationes ad universum ius Iustinianaeum*, Diss. IX, th. 19. — MANZIO, *de testamento valido vel invalido*, tit. 5, q. 1. n. 57-59, pag. 299. — BACHOVIO, *Comm. ad § 10 I. de test. ord.* — MÜLLER, *ad Struvium*, Exerc. XXXII, th. 13, nota d, num. 11, pag. 658. — HAUBOLD, *ad Bergeri, Oeconomia iuris*, tom. I, lib. II, tit. 4, th. 3, nota r, pag. 366.

sario tra fedecommissario universale e fedecommissario singolare e ritengono che solo l'ultimo sia capace alla pari dei legatarii di far da testimone nel testamento. La ragione che si dà di questa distinzione si è che il fedecommissario universale è un *iuris successor* come l'erede diretto, perocchè dopo la restituzione dell'eredità è considerato come un erede, è *loco heredis* e tutte le azioni ereditarie passano a lui *tamquam ad heredem* ⁴⁷⁾. La maggior parte degli scrittori antichi e moderni ⁴⁸⁾ però ha con ragione rigettato questa distinzione, perocchè nessuna legge esclude il fedecommissario e questi non può ritenersi un *iuris successor* nel senso in cui GIUSTINIANO usa questa espressione, egli è da parificarsi in tutto al legatario e al fedecommissario singolare. GIUSTINIANO infatti, come appare dal § 10, intende qui per *iuris successor* un erede che succeda immediatamente e *iure directo* al testatore, di maniera che si possa dire che il negozio testamentario principale è avvenuto fra lui e il testatore. Or questo non avviene fra il testatore e il fedecommissario, bensì il negozio si conclude in tal caso fra il testatore e il fiduciario, che è l'erede diretto. Come pertanto nel testamento *per aes et libram* l'erede poteva far da testimone perchè la *familiae mancipatio* a dir di ULPIANO ⁴⁹⁾ non avveniva con lui, ma fra il *familiae emptor* e il testatore, per lo stesso motivo può il fedecommissario universale nel nuovo diritto esser testimone in un testamento privato « quia totum hoc negotium

⁴⁷⁾ §§ 3, 4 I. de fideic. hereditate, 2, 23; L. 1 § 2 Dig. ad SO. Trebell., 36, 1; L. 27 § 7; L. 44 § 1 Dig. eod.; L. 1; L. 3 Dig. de fid. her. pet.

⁴⁸⁾ MASIO, *Singulares opiniones*, lib. VI, cap. 19, n. 12. — HARPPRECHT, *Disputatio de testimonio testamentario fideicommissario*, th. 15-20 (nelle sue *Dissertationes academicae*, vol. I, pag. 1464-67). — THIBAUT, *Pandette*, II, § 692. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 815. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III, § 476, nota 6, pag. 73, 2.^a ediz. — HOFACKER, *Principia iuris civilis germanici*, II, § 1261 in fine, e nota e. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, lib. 5, § 447, pag. 184. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 965, pag. 222. — SKUFFERT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 524, pag. 118 e più specialmente LÖHR, *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, pag. 189.

⁴⁹⁾ XX, 3.

quod agitur testamenti ordinandi gratia creditur hodie inter testatorem et heredem agi », cioè coll'erede diretto *qui testamento heres instituitur*, come dice ULPIANO ⁵⁰). Aggiungi che l'erede fiduciario resta il vero erede anche dopo la restituzione ⁵¹), *qui enim ex testamento heres semel extitit non desinit heres esse* ⁵²). Quegli al quale è restituita l'eredità come fedecompresso non è nè può essere vero erede, *uni enim duo pro solido heredes esse non possunt* secondo una ben nota regola insegnataci da PAOLO, lib. IV *ad Edictum* ⁵³). Per ciò le leggi non lo chiamano *heres*, ma solo dicono: « omnes actiones quae iure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas, quasi heredi et in heredem dari » ⁵⁴). E queste azioni ereditarie sono semplicemente azioni utili perohè le dirette rimangono secondo il rigoroso diritto al fiduciario ⁵⁵).

C'è un caso in cui anche l'erede è considerato semplicemente un legatario, e cioè quando sia istituito in una determinata cosa ed esistano ancora altri eredi istituiti per una determinata quota o semplicemente. A questo caso si riferisce la costituzione di GIUSTINIANO L. 13 Cod. *de her. inst.*, 6, 24.

« Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt. quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenere ad certam unciam institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri ».

⁵⁰) L. 20 pr. Dig. h. t.

⁵¹) § 3 I. *de fid. her.*, 2, 23. Vedi WEBER ad HOEFFNER, *Commentar*, ecc. (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 602, nota *, pag. 680 seg.

⁵²) GAIO, L. 85 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

⁵³) L. 141 § 1 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17. Cfr. in particolare FABRO, *de erroribus pragmaticorum*, decade 27, err. 5.

⁵⁴) § 4 I. *de fideic. her.*, 28, 5.

⁵⁵) WESTPHAL, *Von Vermächtnissen und Fideicommissen* (Legati e fedecomessi), § 1683.

Qui nasce la questione se un tale erede possa essere testimone nel testamento nel quale è istituito. Alcuni valorosi scrittori ⁵⁶⁾ lo affermano senza esitanza, osservando che GIUSTINIANO conferma che tale erede debba ritenersi come un semplice legatario, il quale non riceve che la cosa lasciategli e nel quale non passano le azioni ereditarie, che si trasmettono invece agli altri eredi: esso dunque non può considerarsi un *iuris successor*, così come non si possono considerare tali i legatarii. In contrario però si può osservare che l'*heres ex re certa*, quando non vi siano altri eredi riceve l'intera eredità ⁵⁷⁾, che egli inoltre riceve la cosa nella quale è istituito direttamente dal testatore *titulo heredis* ed ha per ottenerla l'*actio familiae erciscundae* ⁵⁸⁾ contro il coerede, e se sia un legittimario e la cosa nella quale è istituito sia inferiore alla sua quota legittima ha l'*actio suppletoria* ⁵⁹⁾, che inoltre egli ha diritto a ritenere la quarta Falcida ⁶⁰⁾, e che colla sua adizione evita la decadenza del testamento anche se il coerede rifiuti, e in tal caso anzi l'intera eredità si devolve a lui *iure accrescendi* ⁶¹⁾, o per dirla col DONELLO ⁶²⁾ si considera come

⁵⁶⁾ Vedi HARPPRECHT, *Diss. de testimonio testamentario heredi interdicto*, nelle *Diss. academicae*, vol. I, pag. 1548 seg. — Pietro MÜLLER, *ad Struvium*, exerc. 32, th. 13. nota 2, n. 5, pag. 657.

⁵⁷⁾ L. 1 § 4 Dig. de her. inst., 28, 5; L. 41 § 8 Dig. de vulg. et pup. subst., 28, 6; L. 29 Dig. Ad SO. Trebellianum, 36, 1; § 3 I. quibus modis test. inf., 2, 27.

⁵⁸⁾ L. 35 pr. Dig. de her. inst., 28, 5. — « ULPIANUS, lib. IV disputationum..... Dicebam receptum esse rerum certarum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita ut officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum qui ex re institutus est, quam rem ex qua heres scriptus est consequi ».

Lo stesso dice GORDIANO nella L. 1 Cod. Greg. de fam. erc. et comm. div., 3, 5 in SCHULTING, *Iurisprudencia anteiust.*, pag. 694: « ... sane officio familiae erciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit ».

⁵⁹⁾ Novella 115, cap. 5. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. 5, spec. 356, med. 15, 16.

⁶⁰⁾ Il contrario sostiene il LEYSER, *Med.*, spec. 356, med. 22, ma vedi contro di lui VOLKMANN, *Dissertatio de heredibus e re certa scriptis*, praes Car. Erneit def. Lipsiae 1827, § 12.

⁶¹⁾ LEYSER, *Spec. cit. mel.*, 12, 13. — VOLKMANN, *Diss. cit.*, § 14.

⁶²⁾ *Comm. ad L. 13 Cod. de her. instituendis*, 6, 24, n. 9, pag. 390. Francoforte 1599.

se fin da principio fosse stato istituito *ex re certa* senza coeredi, e che in fine egli è tenuto anche sussidiariamente pei debiti del defunto ⁶³). Come si può disconoscere dopo ciò che un *heres ex re certa scriptus* sia un *iuris successor*, del quale possa dirsi « totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia inter eum et testatorem agi videri? ». Secondo questo più esatto concetto egli è dunque al pari del coerede incapace di far da testimone.

Deve qui però ricordarsi un'opinione di Antonio FABRO ⁶⁴), il quale è caduto nell'errore indegno di sì grande giureconsulto, di credere che dopo la Novella I, cap. 1 gli stessi legatarii siano divenuti incapaci di fare da testimoni nel testamento. Questa novella dispone che quando l'erede si rifiuti di adempiere la volontà del defunto e benchè invitato da un decreto giudiziario abbia lasciato trascorrere un anno senza eseguirlo, l'eredità possa essergli tolta e qualora non esistano altri eredi, i legatarii possano adirla. Or poichè dopo tale disposizione i legatarii possono divenire *iuris successores*, essi al dir del FABRO non possono più essere adibiti come testimoni. Ma il grande giurista non ha considerato che per quanto i legatarii possano in questo rarissimo caso divenire *iuris successores* non divengono tali direttamente *ex testamento*, come gli eredi scritti o i sostituti, ma *ex singulari legis dispositione* e contro la volontà del testatore. Per essi dunque non vale il motivo pel quale gli eredi diretti sono esclusi dal far testimonianza nel testamento ⁶⁵).

Come l'erede, così è incapace di fare da testimone anche chi si trovi nella potestà di lui, o il padre che lo abbia nella potestà, o il fratello che si trovi nella potestà dello stesso padre. Ciò è detto da GIUSTINIANO nel sopra citato § 10 I. *de test. ordin.*, 2, 10.

« Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate eius est, neque pater eius, qui habet eum in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt ».

⁶³) VOLKMANN, *Diss. cit.*, § 15.

⁶⁴) *De erroribus pragmaticorum*, dec. 66, err. 3.

⁶⁵) Vedi in argomento l'esauriente confutazione del HARPPRECHT, *Dissertatio de testimonio testamentario legatario permissio*, § 5 (*Diss. academicae*, vol. I, pag. 1479-82), e WESTPHAL, *Von Testamenten* (Testamenti), § 197, pag. 141.

La ragione di questa disposizione si è che tutte queste persone formano giuridicamente una sola persona coll'erede cui sono collegate dalla comune patria-potestà, e per ciò la loro testimonianza è nulla alla pari di quella dell'erede stesso ⁶⁶). Ne consegue che, tolto che sia tale vincolo, quelle persone addiventano capaci di far da testimoni ⁶⁷). Così il fratello, il figlio dell'erede quando siano *sui iuris*, lo stesso padre di lui, se egli non si trovi più nella sua potestà, possono validamente fare da testimoni ⁶⁸). La semplice parentela non dà luogo a incapacità ⁶⁹); imperocchè se anche potesse nascer qualche sospetto, questo in ogni modo dovrebbe cessare per la testimonianza degli altri. Quest'opinione è conforme alla pratica giudiziaria odierna ⁷⁰); l'ordinanza notarile concorda poi pienamente su questo punto col diritto romano. Il § 6 del titolo dei testamenti dice:

« *Item, colui che sia scritto erede nello stesso testamento o colui che si trovi con quello sotto la medesima potestà di altri* ».

Per la stessa ragione non deve il testimone trovarsi nella patria potestà del testatore, nè il testatore nella patria potestà del testimone, nè l'uno e l'altro sotto la medesima patria potestà ⁷¹). Così insegnava già GAIO ⁷²) pel testamento per *aes et libram*:

⁶⁶) Vedi HARPPRECHT, *Dissertatio de testimonio testamentario heredi interdicto*, th. 14-16 (*Diss. academicae*, vol. I, pag. 1551 seg.).

⁶⁷) Cfr. VINNIO, *Comm. ad § 10 I. de test. ord.*, n. 2. — SAM. COCCEIO, *iur. civile controv.*, h. t., q. 13, pag. 253.

⁶⁸) Vedi HARPPRECHT, *Disp. cit.*, th. 17, 18 (*Diss. acad.*, I, pag. 1553 seg.). — WALCH, *Introductio in controv. iuris civilis* sez. II, cap. IV, membr. 3, § 12, pag. 302.

⁶⁹) L. ult. Dig. de his quae et indignis, 34, 9. Vedi WALCH, loc. cit., § 11, pag. 300.

⁷⁰) LAUTERBACH, *Collegium th. pract. Pand.*, h. t., §§ 66, 67. — STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* (Pareri giuridici), parte III, pens. 90, pag. 327 seg. — LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, spec. 355, coroll., pag. 619. Di opinione diversa sono CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, pars III, const. 3, def. 7. — STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exerc. 32, th. 13. — STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. 15, § 28 in fine, e altri. Ma quest'opinione fu già da lungo tempo respinta e sufficientemente confutata da OTTONK, *Tractatus de testimonio fraterno testamentario contra communem doctorum opinionem*, Lipsiae 1724, seg. 3 5 e dai fratelli OVERBECK, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* (Meditazioni su diverse materie giuridiche), vol. IV, med. 193.

⁷¹) WESTPHAL, *Testamenti*, § 193.

⁷²) II, 105, 106.

« 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem, quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat loco heredis erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium. 106. Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest, at ne is quidem qui in eadem potestate est, veluti frater eius. Sed si filiusfamilias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate patris est ».

GIUSTINIANO ha riprodotto tutto ciò molto brevemente nel § 9 I. *de test. ord.* 2, 10 applicandolo al testamento privato del diritto nuovo.

« In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed et si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum nec pater eius recte adhibetur testis, nec is qui in potestate eiusdem patris est; reprobaturum est enim in ea re domesticum testimonium ».

Risulta da ciò che il vincolo fra testatore e testimoni è di ostacolo solo in quanto nasca dalla patria potestà, di guisa che se venga tolto questo rapporto cessa anche l'ostacolo che si opponeva alla validità della testimonianza.

Per conseguenza, quando il padre faccia testamento il figlio non può fare da testimone se egli sia ancora sotto la patria potestà. L'ipotesi che il figlio faccia da testimone nel testamento del padre si può avverare qualora egli sia diseredato, ma gli sia lasciato un legato, ed è appunto il caso risolto da ULPIANO in L. 20 pr. Dig. h. t. Se invece fosse stato istituito erede non potrebbe perchè erede far da testimone e se fosse stato preterito neppure, perchè per ciò solo il testamento sarebbe stato nullo. Il solo caso pel quale potea nascere la questione sulla validità della testimonianza del figlio era dunque quello della diseredazione ⁷³⁾. In tale ipotesi soltanto poteva

⁷³⁾ WISSENBACH, *Comment. ad Institutiones Iustiniani*, Franequerae 1700,

GLICK, *Comm. Pandette*. — Lib. XXVIII. — 44.

il rapporto di patria potestà costituire un ostacolo, ma se questo spariva per la cessazione della patria potestà nulla più poteva opporsi alla validità del testamento ⁷⁴⁾, perchè la parentela in sè non nuoce ⁷⁵⁾ e il figlio può anche scrivere la sua diseredazione di propria mano ⁷⁶⁾.

Il caso poi che un figlio di famiglia faccia testamento è concepibile solo a riguardo di quel patrimonio sul quale il figlio di famiglia può testare, cioè, secondo GIUSTINIANO, del peculio castrense. Qui sono possibili due ipotesi. I. Il figlio è ancora sotto le armi: egli può in tal caso testare militarmente. II. Il figlio è stato congedato onorevolmente dal servizio militare. In tal caso egli deve far testamento secondo il diritto comune. Secondo il diritto nuovo si deve annoverare anche il caso in cui il figlio sia ancora in servizio, ma faccia testamento, come dice GIUSTINIANO ⁷⁷⁾ *extra castra*. Soltanto per questo caso nasce la questione se il padre possa far da testimone nel testamento del figlio. GIUSTINIANO la risolve giustamente nel senso negativo per la ragione che *reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*. Per *domesticum testimonium* s'intende qui una testimonianza che prende nome non solo dalla parentela, ma dal vincolo della patria potestà, vale a dire la testimonianza di persone che pel rapporto di patria potestà da cui si trovano legate formano giuridicamente una unità; ciò ne è detto in modo assai chiaro da TEOPHILO e non diversamente è inteso dai nostri moderni scrittori ⁷⁸⁾. Un

disp. 17, th. 21, pag. 100 e in particolare VINNIO, *Comm. ad § 9 I. de test. ord.*, n. 1.

⁷⁴⁾ DONELLO, *Commentarii de iuri civili*, lib. VI, cap. 7, § 17. — GIULIO PACIO, *Analysis Institutionum*, tit. de test. ord., § 9. — BRONCHORST, *Εναντιογενών*, cent. III, ass. 23, pag. 292. — HUBERO, *Praelectiones ad Institutiones*, lib. II, tit. 10, § 15. — BACHOVIO *ad Treullerum*, vol. II, disp. 10, th. 4, litt. m, pag. 540. — OTTONE, *Comm. ad § 9 I. de test. ord.*, 2, 10. — HUNNIUS, *Variae resolutiones iuris civilis*, lib. II, tr. 5, q. 6.

⁷⁵⁾ WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, pag. 268.

⁷⁶⁾ L. 8 § 6 Dig. de bon. poss. contra tab., 37, 4. « Si quis sua manu se exheredem scripsit, an contra tabulas bonorum possessionem possit accipere videamus; et Marcellus libro IX Digestorum nocere et hanc exheredationem ait ».

⁷⁷⁾ § 3 I. de militari test., 2, 11.

⁷⁸⁾ RAEVARD, *Varia*, lib. 2, cap. 8. — VIGLIO ZUCHEM, *Comm. ad § 9 I.*,

testo delle Pandette però vi contraddice apertamente. È la L. 20 § 2 Dig. h. t. di ULPIANO:

« Per contrarium quaeri potest an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? et Marcellus libro decimo Digestorum scribit posse: et frater ergo poterit ».

Molti ⁷⁹⁾ hanno cercato di conciliare MARCELLO e ULPIANO, che sembra seguirlo, con GIUSTINIANO, riferendo colla Glossa il testo delle Pandette al caso che il figlio abbia testato militarmente prima del congedo. In contrario però il VINNIO ⁸⁰⁾ ha già fatto le seguenti osservazioni fondamentali: 1.° Nel titolo delle Pandette in cui questo testo è stato collocato si parla solo dei testamenti privati solenni, alla forma dei quali un soldato è tenuto anche quando faccia testamento *extra castra*. 2.° ULPIANO pone in generale la questione se nel testamento del figlio di famiglia sul peculio castrense possa intervenire come testimone il padre. Egli dunque tratta evidentemente del caso che il figlio di famiglia testi *iure communi* senza distinguere se sia ancora in servizio o no. 3.° Se ULPIANO avesse considerato solo il caso che il figlio di famiglia testasse come soldato secondo le regole del diritto militare, la questione sarebbe stata inutile perchè in tal caso il testamento non era legato a nessuna forma. Da tutto ciò appare che qui c'è una contraddizione evidente, inconciliabile fra i due testi. Ma anche dopo ammesso ciò, le opinioni degli scrittori sono discordi. Il WALCH ⁸¹⁾ dà la preferenza al principio insegnato nelle Pandette, perchè riguardo al figlio di famiglia che fa testamento sul

de test. ord. — PACIO, *Analysis Inst. ad eundem.* — BRISSONIO, *de verborum significatione*, v. domesticus. — HOFACKER, *Principia iuris civilis*, tomo II, § 1264.

⁷⁹⁾ VIGLIO ZUICHEM, loc. cit., n. 6. — BALDUINO, *Comm. ad § 9 I. de test. ord.*, pag. 256. — BACHOVIO, *Comm. ad § 9 I. cit.* — RITTERSHUS, *Comm. novus ad § 9 cit.*, pag. 322. — PACIO, *Ἐνζυγόπων seu legum conciliatarum*, cent. X, q. 19, pag. 716. — DONELLO, *Comm. ad L. et C. de test.*, n. 12 pag. 363. — ECK, *Principia iuris civilis secundum ordinem Digestorum*, h. t., § *condicio autem testium*.

⁸⁰⁾ *Comm. ad § 9 I. cit.* Confronta pure WISSENBACH, *Disputationes ad Institutiones imperiales*, disp. 17, th. 23, pag. 101.

⁸¹⁾ *Introductio in controversias iuris civilis*, pag. 301 seg.

peculio castrense la patria potestà non ha, egli nota, importanza alcuna ⁸²⁾. Ma i più degli scrittori antichi e moderni ⁸³⁾ sono d'accordo nel ritenere che le Istituzioni abbiano su questo punto derogato alle Pandette. Certamente fra i giureconsulti romani deve esservi stato sull'argomento disaccordo; ciò appare sia dal modo come si esprime ULPIANO, sia dal richiamo di questo a MARCELLO, ma soprattutto dal confronto col sopra citato passo delle Istituzioni di GAIO; ed è chiaro poi che GIUSTINIANO ha dato la preferenza all'opinione di GAIO, posto che egli ha anche testualmente riferito il motivo che GAIO dava della sua opinione. Siamo dunque dinanzi a un caso in cui GIUSTINIANO volontariamente deroga alle Pandette e in cui le Pandette non hanno che un valore storico, perocchè altrimenti sarebbero in contraddizione con GIUSTINIANO stesso. Le Istituzioni sono infatti un lavoro originale, anzi l'unico lavoro originale dell'imperatore GIUSTINIANO, e poichè sono state compilate dopo le Pandette sono anche una revisione di queste; i principii dommatici in esse espressi sono indubbiamente diritto vigente, mentre le Pandette contengono spesso semplici estratti degli scritti dei giureconsulti a scopo puramente scientifico ⁸⁴⁾. Il motivo contrario pel quale si vorrebbe dar la preferenza alle Pandette cade nel nulla se si consideri che il figlio di famiglia nel riguardo del peculio castrense è considerato *pro patre familias* solo nel senso che egli possa disporne e in particolare disporne per testamento, ma il vincolo di famiglia derivante dalla patria potestà, pel quale è escluso il *domesticum testimonium* nei testamenti, non cessa per questo ⁸⁵⁾.

⁸²⁾ L. 2 Dig. de SC. Macedoniano, 14, 6.

⁸³⁾ F. HOTOMANO, *Comm. in Inst. ad § 9 cit.*, pag. 166, Lugduni 1588. — HENRYSON, *Comm. in tit. 10 libri II Institutionum, de testamentis ordinandis*, § 9 nel T. III del *Thesaurus* del MEERMANN, pag. 440. — HUBERO, *Praelectiones ad Institutiones*, lib. II, tit. 10, § 15. — E. MERILLIC, *Commentarius ad § 8 I. de test. ord.*, pag. 174. — POTHIER, *Pandectae Iustiniani*, tom. II, h. t., n. 30, nota k, pag. 176. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 476, nota 8, pag. 73, 2.^a ediz.

⁸⁴⁾ THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* (Dissert. di diritto civile), Diss. VI, pag. 95 seg. — HAUBOLD, *Praecognita iuris romani privati novissimi*, § 16. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), vol. I, § 46, p. 103, 4.^a ediz., Gottinga 1828.

⁸⁵⁾ § 4 I. *quibus modis ius patriae potestatis solvitur*, 1, 12. — VINNIO, loc. cit., n. 5.

Per la medesima regola sono incapaci di fare da testimoni i fratelli del testatore, che siano con lui sotto la medesima patria potestà. ULPIANO è qui pure di opinione diversa, come si è visto dalla L. 20 § 2 Dig. h. t., ma anche per questo caso vale quanto si è detto pel precedente.

Il rapporto di patria potestà dunque vien preso in considerazione nel riguardo della testimonianza solo in quanto da esso derivi una unità di persone fra il testimone e il legislatore o l'erede. Nulla importa invece se i testimoni siano fra loro vincolati da tale rapporto. GIUSTINIANO pertanto dice nel § 8 I. *de test. ord.*, 2, 10:

« Pater, nec non is qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt, quia nihil nocet ex uno domo plures testes alieno negotio adhiberi ».

Questo testo è tratto a parola dal *liber singularis regularum* di ULPIANO e noi l'abbiamo infatti conservato così nella L. 17 Dig. *de testibus*, 22, 5 come nel frammento di detto *liber regularum*, XX, 6. Dal confronto del testo colla sua fonte appare, in primo luogo che la lezione comune *utique*⁸⁰⁾ *testes* invece di *utrique testes* è falsa; *utrique testes* allude ai due diversi casi considerati da GIUSTINIANO. Il senso del testo è: Un padre e un figlio nella potestà di lui o due fratelli sotto la potestà del medesimo padre possono fare ambedue da testimoni in un testamento, perocchè non nuoce che si adibiscano per un negozio estraneo parecchi testimoni di una medesima famiglia, vale a dire parecchi testimoni collegati fra loro dal vincolo di patria potestà. Il confronto dei due testi dimostra anche che ebbe torto Francesco HOTOMANO di ritenere per interpolate le parole *in uno testamento* proponendo di leggere invece *in alieno testamento*. ULPIANO dice nel testo delle Pandette *testes utrique in eodem testamento vel eodem negotio fieri possunt*. Soltanto TEOFILO sostituisce alle ultime parole del passo citato delle Istituzioni *alieno negotio* le altre *ἐν ἀλλοτρίῳ διατάξει* *in alieno testamento*. Il principio dunque resta fermo: il vin-

⁸⁰⁾ Questa lezione è accolta da ALOANDRO, RUSSARD, CHARONDAS, KOBERGER, Battista DE TORTIS e da varii commentatori, fra i quali VIGLIO ZUCCHER e Arnolfo VINNIO.

colo dei testimoni fra loro non nuoce ancorchè essi siano collegati dalla patria potestà. Un testimone per ciò può essere sotto la patria potestà di un altro, anzi potrebbe anche un padre far da testimone in un testamento solenne privato insieme coi suoi sei figli puberi ⁸⁷⁾. Questo principio è confermato da ULPIANO anche in un altro testo, nel lib. XXXIX *ad Edictum* ⁸⁸⁾:

« Ad testium numerum simul adhiberi possumus ego et pater et plures qui fuimus in eiusdem potestate ».

È poi fuori di dubbio che l'incaricato dal testatore di scrivere il testamento può essere adibito anche per testimone: soltanto egli dovrà anche sottoscrivere il testamento ⁸⁹⁾. Non si può perciò far rimprovero a GIOVENZIO CELSO se interpellato circa un punto così indubitabile dette quella risposta rude ⁹⁰⁾ che si legge nella L. 27 Dig. h. t. e che è tratta dal suo libro XV *Digestorum*:

« Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? Iuventius Celsus. Aut non intellego quid sit de quo me consulueris ⁹¹⁾, aut valde ⁹²⁾ stulta est consultatio tua. Plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit ».

⁸⁷⁾ Vedi HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 445, pag. 477. — ZACHARIAE, *Institutionen des Roemischen Rechts* (Istituzioni di diritto romano), lib. II, tit. 10, pag. 478, nota *.

⁸⁸⁾ L. 22 pr. Dig. h. t.

⁸⁹⁾ HÜBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. I, cap. 5, pag. 68-74. — KÄEMMERER, *Beiträge zur Geschichte und Theorie des Roemischen Rechts* (Contributi alla storia e alla teoria del diritto romano), Rostock 1817, n. III, pagine 208-27.

⁹⁰⁾ Vedi OTTONE, *Servius Sulpicius*, *Trajecti ad Rhenum* 1737, cap. IV, § 5, pag. 52 seg. nel suo *Thesaurus*, tom. V, pag. 1573. — SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectus*, tomo V, pag. 12 e SMALLenburg, *ad eundem*, pag. 13.

⁹¹⁾ Questa lezione è preferita dal BRENNMANN, alla fiorentina *consulueris*, se pure non si preferisca leggere *consulis*.

⁹²⁾ La fiorentina ha *valide* anzi che *valde*, e *valide* si legge anche nella L. 4 § 3 Dig. de aed. Edicto, 21, 1. Il PITHOU però l'ha accolta nel suo

Da ciò il detto *Quaestio Domitiana*⁹³⁾. Anche secondo l'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I, titolo *dei testamenti*, § 2, il notaio adibito per un testamento deve annoverarsi fra i sette testimoni.

L'affermazione di HELLFELD secondo la quale per la confezione di un testamento solenne occorrono sette testimoni, ma per la prova di esso ne bastano due, è stata già confutata in modo sufficiente altrove^{94) o)}.

Index glossarum et vocum rariorum quas in iuris Romani libris occurrunt (MEHRMANN, *Thesaurus*, tomo I, pag. 357); e per ciò la maggior parte delle edizioni ha *valde*.

⁹³⁾ SCHOTT, *Dissertatio de quaestione Domitiana*, Lipsiae 1771.

⁹⁴⁾ Vedi il § 563 di questo *Commentario*, e anche HAUBOLD *ad Bergeri Oeconomiam iuris*, lib. II, tit. 4, th. 3, n. v, pag. 367.

o) Circa la capacità dei testimoni si hanno nella nostra legislazione le disposizioni seguenti:

Art. 788 cod. civ. « I testimoni nei testamenti devono essere maschi, maggiori d'anni ventuno, cittadini del regno o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili.

« Non sono testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi del notaio che ha ricevuto i testamenti ».

Art. 42. Legge notarile, 25 maggio 1879. « I testimoni (nell'atto pubblico) devono essere maggiori di anni ventuno, cittadini del regno o stranieri in esso residenti, essere in pieno esercizio dei diritti civili e non essere interessati nell'atto.

« Non sono testimoni idonei i ciechi, i sordi, i muti, i parenti e gli affini del notaio e delle parti nei gradi indicati nell'art. 24, il coniuge dell'uno o delle altre, i praticanti e gli amanuensi del notaio e le persone addette al suo servizio.

« I fidefacienti dovranno avere i requisiti stabiliti per i testimoni, ma non sono loro di ostacolo le attinenze e le qualità accennate nel precedente capoverso ».

Art. 51. Legge notarile cit. « Le disposizioni di questo capo si applicano anche ai testamenti e agli altri atti, in quanto non sia diversamente disposto dal codice civile, dal codice di procedura civile o dalle altre leggi del regno ».

Come si vede per le disposizioni del codice civile sono incapaci di far da testimoni nei testamenti per atto di notaio le donne, i minori, gli stranieri non residenti nel regno, coloro che abbiano perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili e praticanti o amanuensi del notaio che riceve l'atto. La legge notarile toglie l'incapacità delle donne, ma aggiunge l'incapacità dei ciechi, dei sordi, dei muti, del coniuge del notaio o di alcune delle parti, dei parenti e degli affini di questo o di quelle, delle persone addette al servizio del notaio, delle persone interessate nell'atto e di tutti coloro che non sono nel pieno esercizio dei diritti civili, anzi che semplicemente di quelli che abbiano perduto l'esercizio o il godimento dei diritti civili per condanna.

Per ciò che riguarda la capacità delle donne essa non esisteva nella precedente legge notarile 25 luglio 1875 ed è la conseguenza della legge 9 dicembre 1877, n. 4167, serie II, a quale nell'articolo unico dichiara abrogate tutte le disposizioni di legge escludenti la

donna dalle testimonianze negli atti pubblici e privati: è dunque da credere che da quella legge indipendentemente dal disposto dell'art. 42 Legge notarile, fosse già in quel riguardo modificato l'art. 788 cod. civ. Circa le altre differenze fra codice civile e legge notarile quest'ultima nell'art. 51 sopra riferito le concilia nel senso che, ove le disposizioni del codice non siano contrarie, esse devono ritenersi integrate da quelle più complete della legge notarile.

A questo riguardo si sono però elevati dei dubbii. Alcune Corti nostre han ritenuto che per l'art. 51 possano bensì estendersi ai testamenti le disposizioni generali sulla forma degli atti pubblici contenute nella legge notarile, quando il codice civile non abbia sul dato punto una particolare prescrizione per i testamenti, ma nei punti in cui la forma di questi è con disposizioni precise regolata dal codice, come ad esempio all'articolo 783 per la forma dell'atto di ricevimento del testamento segreto, all'art. 788 per i requisiti dei testimoni dell'atto pubblico, non sia il caso di applicare le ulteriori forme stabilite nella legge notarile per quanto esse non siano inconciliabili con quella del codice. In questo senso si sono pronunciate la Corte d'appello di Genova 9 aprile 1886 (*Legge* 1886, II, 708 e *Foro italiano* 1886, I, 1130) per la capacità a far da testimoni delle persone escluse dall'art. 42 Legge notarile, ma non dall'art. 788 cod. civ. e la Cassazione di Firenze 15 giugno 1885 (*Foro italiano* 1885, I, 655) per la non necessità dalla lettura dell'atto di ricevimento del testamento segreto prescritta dalla legge notarile per tutti gli atti pubblici notarili, ma non dall'art. 783 cod. civ. In senso contrario invece, cioè per l'estensione della legge notarile tutte le volte che non sia inconciliabile colle disposizioni del codice civile: App. Firenze 14 maggio 1885 (*Foro italiano* 1885, I, 432). App. Venezia 23 marzo 1881 (*Foro italiano* 1885, I, 432 in nota alla precedente), Cass. Torino 26 gennaio 1886 (*Legge* 1886, I, 586; Cass. Roma 25 aprile 1883 (*Legge* 1888, II, 728).

A noi sembra preferibile questa seconda opinione. Non è da dimenticare infatti, come già notava il CHIRONI, che la legge notarile è posteriore di quattordici anni al codice civile e ancor che con l'applicazione della disposizione in essa contenuta si venga in qualche misura a modificare la forma dei testamenti, non può parer certamente strano che il legislatore del 1879 abbia appunto voluto questo. Con la disposizione dell'art. 51 il legislatore ha voluto due cose, risolvere il conflitto eventuale fra il codice civile e la legge notarile dando la prevalenza, per ciò che riguarda i testamenti, al primo, integrare in secondo luogo le disposizioni del codice civile stesso, ove conflitto non vi sia, colle ulteriori disposizioni della legge notarile. Per ciò dove, come nel riguardo dei testimoni, il codice civile non enumera fra gl'incapaci i ciechi, i sordi, i muti, le persone di servizio del notaio, ecc., l'aggiunta di queste persone all'elenco fatto dall'art. 42 legge notarile deve valere anche pei testamenti; dove invece, ad esempio, il codice civile esclude le donne mentre l'art. 42 non le esclude, la capacità della donna a far da testimone in un testamento non potrebbe, senza l'abrogazione contenuta nella legge 9 dicembre 1877, ammettersi perchè qui veramente vi sarebbe quella contraddizione fra il codice e la legge notarile che l'art. 51 vuol risolta a favore del primo. In questo senso si son pronunciati i più autorevoli scrittori. Cfr. GABBA, nota alla sentenza Cass. Firenze 11 giugno 1885 nel *Foro italiano* 1885, I, 655; CHIRONI, *Rivista di giurisprudenza civile italiana nella Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. II, pag. 266 seg. Vol. IV, pag. 293 seg. e in sostanza anche il VITALI, *Successioni*, I, n. 362.

In particolare quanto all'incapacità di colui ch'è interessato all'atto il codice civile italiano, a differenza del francese, del napoletano, del parmense e dell'estense, non esclude tale interessato dal far da testimone nel testamento, bensì all'art. 771, sotto la rubrica « della capacità di succedere per testamento », dichiara prive di effetto le istituzioni ed i legati a favore del notaio o di altro ufficiale civile, militare, marittimo o consolare, che ha ricevuto il testamento pubblico, ovvero di uno dei testimoni interessati al me-

§ 1414.

Unità dell'atto.

Un secondo requisito generale dei testamenti privati regolari è l'unità dell'atto ⁹⁵⁾. Questa consiste nel compiersi l'atto solenne della fazione del testamento da principio alla fine senza interruzione, senza che si sia interpolato alcun negozio estraneo, tranne le brevi interruzioni rese necessarie da casi imprevisi o da bisogni naturali ⁹⁶⁾. L'unità dell'atto riguarda soltanto il compimento dell'atto solenne testamentario, l'atto cioè col quale il testatore dichiara davanti a testimoni la sua volontà, non già la preparazione del testamento la quale può esser fatta quando più torna comodo al testatore: questi può scrivere, mutare, migliorare il suo testamento fin che vuole, e possono anche passare molti anni prima che il progettato testamento sia compiuto in forma solenne davanti a testimoni; ciò non osta all'unità dell'atto ⁹⁷⁾. Gli'imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO lo dicono nella L. 21 pr. Cod. *de testam.*, 6, 23:

⁹⁵⁾ Vedi HUBERO, *Prælectiones iuris civilis Institutiones*, lib. II, tit. 10, § 8. — DONELLO, *Comm. de iure civili*, lib. VI, capo 6, §§ 6, 7. — TREKELL, *De origine et progressu testamenti factionis*, cap. 3, § 57, pag. 194 seg.

⁹⁶⁾ L'unità dell'atto fu sempre pei Romani un requisito essenziale di tutti gli atti solenni. E GIUSTINIANO per ciò fa derivare questo requisito dal diritto civile, § 3 I. *de test. ord.*, 2, 10. — Vedi TREKELL, loc. cit., § 19, pag. 108 seg.

⁹⁷⁾ BOEHMER, *Introductio in ius Digestorum*, h. t. § 29. — HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 444, pag. 474. — WESTPHAL, *Testamente* (Testamenti), § 215, pag. 353.

desimo. Si è voluto da questa disposizione in particolare, tenendo conto della diversità fra essa e le disposizioni dei codici precedenti, argomentare che le nuove incapacità sancite nell'art. 42 non si estendono ai testamenti (Vedi cit. sentenza App. Genova 9 aprile 1886, *Legge* 1886, II, 708). Ma se è fuor di dubbio che sotto il regime del solo art. 771 cod. civ. l'intervento di un notaro o di un testimone beneficato dal testamento non annulla questo per intero, ma solo la disposizione a favore del notaro o del testimone, è parimenti fuor di dubbio che anche su questo punto la legge notarile ha modificato il codice civile e rimesso anche nel diritto italiano in vigore il principio più rigoroso del codice francese e dei cessati codici napoletano, parmense ed estense pel quale l'intervento di un testimone o di un notaro beneficato nel testamento annulla non solo la disposizione, ma l'intero testamento. Art. 24, 42, 51 legge notarile.

« In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhiberi et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet uno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum ».

L'unità dell'atto richiede in primo luogo la simultanea presenza dei testimoni. Gli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO confermano ripetutamente questo principio nelle citate costituzioni colle parole « quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere ». È necessario in secondo luogo per l'unità dell'atto che i testimoni e il testatore si trovino insieme fin che non sia compiuto l'atto del far testamento. Ciò è detto da ULPIANO nella L. 20 § Dig. h. t.:

« Et veteres putaverunt eos qui propter solemnia testamenti adhibeantur durare debere donec suprema contestatio peragatur ».

In terzo luogo non devono interpolarsi negozi estranei per nulla collegati col testamento e non dipendenti dalla dichiarazione unilaterale di volontà del testatore.

L. 21 § 3 Dig. h. t. « ULPIANUS, *lib. II ad Sabinum*. Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat testamentum non vitiatur ».

Pertanto il testamento sarebbe nullo se durante la fazione di esso si concludesse un contratto con un terzo ⁹⁸⁾; nè fa eccezione, come

⁹⁸⁾ Vedi HUNNIUS, *Variae resolutiones iuris civilis*, lib. II, tract. 5, q. 4, pag. 456. — BRONCHHORST, *Ἐναντιόπαυον*, cent. 3, assert. 22, pag. 291. — COCCIO, *ius civile controversum*, h. t., q. 10, pars II, pag. 251. Si suole qui addurre come prova la L. 20 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16. Così il BRONCHHORST, loc. cit. — Alberico GENTILE, *Comm. in tit. Dig. de verb. sign.*, ad h. l., pagina 57, e fra i moderni HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 52, nota d, pag. 48. Ma quando ULPIANO dice: « Verba contraxerunt, gesserunt non pertineat ad testandi ius », queste parole si riferiscono all'editto del pretore della restituzione dei creditori contro la *capitis deminutio minima* dei

vorrebbe il WESTPHAL⁹⁹), il contratto di pegno. Imperocchè l'affermazione di ULPIANO, *testamento quoque pignus constitui posse*, come rescrissero SETTIMIO SEVERO e ANTONINO CARACALLA. non significa già che possa senza danno della validità del testamento concludersi durante la confezione di esso un contratto di pegno col creditore del testatore, bensì semplicemente che il testatore può ordinare nel suo testamento che un terzo ritenga come pegno a garanzia di un suo credito certe cose di lui che possieda per qualche altro titolo, oppure che dopo la morte di esso testatore l'erede consegni a quel terzo determinate cose come pegno per la soddisfazione di un suo credito. La dichiarazione del testatore è in tali casi sempre una dichiarazione unilaterale colla quale non si obbliga, essa non è in sostanza che un legato¹⁰⁰). E nel primo caso il creditore può opporre all'erede, che gli richieda le cose prima di averlo soddisfatto, una *exceptio doli mali*, nel secondo egli può agire con un'*actio personalis ex testamento* per ottenere dall'erede che in adempimento della volontà del testatore gli dia in pegno le cose determinate nel testamento. Una tale costituzione di pegno è, come dice ULPIANO, *aliquid ad testamentum pertinens*, che non nuoce per ciò alla validità di questo.

Le brevi interruzioni cagionate da casi imprevisi o da bisogni naturali urgenti non nuociono alla validità del testamento, tanto se av-

loro debitori, che ULPIANO commentava appunto nel libro XII *ad Edictum*, da cui questo passo è tolto. Vedi GODAEL, *Commentarius repetitarum praelectionum in tit. XVI libri 50 Pandectarum de verb. significatione*, ad h. l. 20, pag. 300 seg. — CUIACIO, *Comm. ad tit. de verb. sign.*, L. 20 cit., p. 63. Questo editto, del quale io ho trattato nel § 466 di questo *Commentario*, giovava ai creditori solo se i loro crediti verso il *capite minutus* derivavano da contratto o *quasi ex contractu*, in questo caso solo cioè il pretore dava loro la restituzione come se la *capitis deminutio* non fosse avvenuta. L. 2 § 1 *Dig. de cap. minut.*, 4, 5 Il pretore non concedeva invece la restituzione all'erede se il testatore avesse subito dopo fatto il testamento una *capitis deminutio minima* per effetto di arrogazione e il testamento fosse così divenuto irritto. § 4 I. *quibus modis test. infirm.*, 2, 17

⁹⁹) *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 177

¹⁰⁰) CHARONDAS, *Περί ζωνν seu verisimilium*, lib. II, cap. 10 § *superest* nel *Thesaurus* di OTTONE, tom. I, pag. 756. — NOODT, *Comm. ad Dig. lib. 20 tit. 1 § reliquum est*. Opera II, pag. 446. Cfr. pure il § 1077 di questo *Commentario*.

vengano per parte del testatore quanto se per parte dei testimoni; anzi se anche ad un testimone incorresse qualche evento pel quale non gli fosse possibile seguitare ad assistere al testamento, può benissimo esser sostituito da un altro, purchè però tutto ciò che è già avvenuto prima gli sia ripetuto dal testatore o da uno degli altri testimoni, come se tutto fosse accaduto fin da principio in sua presenza. Dopo che tutto ciò è stato fatto noto al nuovo testimone, questi deve fare insieme con gli altri testimoni tutto ciò che è il compito suo, quindi sottoscrivere e suggellare il testamento anche se ciò sia già stato fatto in parte dagli altri. A ciò si riferisce la notevole costituzione di GIUSTINIANO dell'anno 530, che è la L. 23 Cod. *de testam.*, 6, 23:

« Imperator IUSTINIANUS A. IULIANO P. P. Cum antiquitas testamenti fieri voluerat nullo actu interveniente, et huiusmodi verborum compositio non rite interpretata pene in perniciem et testantium et testamentorum processerit, sancimus in tempore quo testamentum conditur vel codicillus nascitur, vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam observationem celebratur, nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus, ea quidem, quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo: quippe causa subtilissima proposita ¹⁾ ea quae superflua sunt minime debent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori, vel testibus; non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis ²⁾, quod et fac-

¹⁾ Cioè: poichè l'oggetto del testamento è cosa importantissima e degna di tutta l'attenzione ogni cosa superflua deve esser tralasciata. Ma una breve interruzione per compiere un atto di necessità corporale non osta alla validità del testamento, come se per esempio un affamato mangi o un assetato beva, o si presti a un ammalato una cura medica. o gli si metta un cataplasma, una fasciatura, senza delle quali la salute del testatore o del testimone corra pericolo. o se al testatore o ad uno dei testimoni sopraggiunga un bisogno naturale di sgravare il corpo del soverchio peso

²⁾ *Morbus comitialis*, o, come lo chiama CELSO, *de medicina*, lib. III, c. 23, *morbus maior* è quello che noi diciamo volgarmente mal caduco (i Tedeschi

tum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo quod urget et imminet, repleto vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat, testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, iterum introductis testibus consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quemdam vel quosdam testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorumdem testium reversum expectari et solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat et maxime si salus testatoris periclitantis immineat: tunc illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari et ab eo vel ab eis tam testatorem quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedant, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, iubemus tunc eos vel eum una cum aliis testibus ea quae oportet facere, et si in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae. Sic enim et naturae medemur et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere ».

Per poter giudicare se l'atto del testamento sia stato compiuto tutto in un tempo e senza interruzioni occorre però sapere quando principia e quando termina la solennità dell'atto ³⁾. Qui è da fare una

fallende Sucht) e i Greci *ἐπιληψία* (epilessia). Di esso trattano PLINIO, *Historia naturalis*, XXV, 5, 21 e 24. — GELLIO, *Noctes Atticae*, XVII, capo 15 in f., e i giureconsulti romani nelle *Pandette*, L. 53 Dig. *de aedilicio Edicto*, 21, 1; L. 1 § 1 Dig. *de auct. et cons. tul. et curatorum*, 26, 8. Esso è detto anche presso gli antichi *morbus caducus*, *sacer*, *Herculeus*. Il nome di *morbus comitialis* è stato dato a questa malattia *quod comitia prohibere, id est vitiare solebat*, come dice FESTO, v. *prohibere comitia*. Vedi PITISCI, *Lexicon antiquitatum Romanarum*, tomo II, v. *morbus comitialis*, pag. 597. — BRISSONIO, *de verb. sign.*, eod. v. pag. 220. Se un testimone venga colpito da tale male durante il testamento non ostante che tal male vizii, come si disse, i comizii, il testamento non ne è viziato a patto che il male sia passeggero: e per ciò quando siano state adempiute tutte le formalità essenziali, si deve anche fare tutto ciò che è richiesto inoltre come forma consueta del testamento; ciò significano le parole *iterum solita per testamenti factionem adimpleri*. Vedi DONELLO, *Comm. ad L. 21 Cod. de test.*, n. 19, pag. 370.

³⁾ TREKELL, *Tractatus de origine et progressu testamenti factionis*, cap. III, § 57, pag. 193. — HUBEKO, *Praelectiones iuris civilis ad Institutiones*, II, 10, § 10.

distinzione fra testamenti scritti e testamenti nuncupativi. Nei primi la solennità comincia quando il testatore riunisce in un dato luogo i sette testimoni rogati ed esibisce loro la sua ultima volontà scritta, dichiarando che quello è il suo testamento e pregandoli di apporvi la firma e il sigillo, termina quando tutti i testimoni hanno firmato e suggellato ⁴⁾. Nei testamenti nuncupativi invece l'atto ha principio quando il testatore dichiara ai sette testimoni rogati che egli vuol fare un testamento orale e li prega di ascoltare la sua ultima volontà, termina quando il testatore ha finito la sua dichiarazione di volontà ⁵⁾.

§ 1415.

Formalità particolari al testamento scritto.

Oltre i requisiti generali di tutti i testamenti privati formali, dei quali si è parlato sin qui, vi sono alcune formalità particolari ai soli testamenti scritti o ai soli nuncupativi.

Nel testamento scritto è necessario in primo luogo uno scritto che contenga l'ultima volontà del testatore. Non è necessario che il testatore scriva lui stesso il testamento (testamento olografo), può anche farlo scrivere da altri (*testamentum allographum*) ⁶⁾. E ciò avveniva presso i Romani di frequente ed era indifferente servirsi come amanuense di uno o d'altro, persino di uno schiavo alieno ⁷⁾: talvolta anche si dettava ⁸⁾. La persona così incaricata di scrivere il testamento è detta nelle leggi *testamentarius* ⁹⁾. Ma per

⁴⁾ L. 21 pr. Cod. *de testamentis*, 6, 23.

⁵⁾ L. 21 § 2 Cod. *eodem*.

⁶⁾ Vedi EINECCIO, *Antiquitates Romanae*, lib. II, tit. 10 § 9. — HOFFMANN, *Observationes quaedam testamentariae*, obs. 8.

⁷⁾ L. 28 Dig. h. t. — WESTPHAL, *Von Testamenten* (Del testamenti), § 16, § 207.

⁸⁾ L. 9 pr. Dig. *de her. inst.*, 28, 5; L. 40 pr. Dig. *de test. milit.*, 29, 1; L. 13 pr. Dig. *de lege Corn. de falsis*, 48, 10; L. 102 § 1 Dig. *de legatis*, III, 32.

⁹⁾ L. 9 § 3 Dig. *de her. inst.*, 28, 5; L. 1 pr. Dig. *si quis aliquem testari prohib.*, 29, 6; L. 3 § ult. Dig. *ad SC. Trebell.*, 36, 1; L. 15 § ult.; L. 22 § 10 Dig. *de lege Corn. de falsis*, 48, 10. Vedi BRISSONIO, *de formulis et sollemnibus populi Romani verbis*, lib. VII, cap. 4, pag. 560 ediz. Bach.

non dimenticar nulla di ciò che era necessario alla scrittura si prendeva anche come consulente un giureconsulto ¹⁰⁾, il quale di solito scriveva lui stesso il testamento ¹¹⁾. Secondo il diritto del codice ¹²⁾, che GIUSTINIANO ripete, benchè incompletamente, anche nelle Istituzioni ¹³⁾, quando il testamento era scritto per mano di altri, il testatore doveva scrivere di propria mano almeno il nome dell'erede per evitare falsificazioni; e se ciò non gli era possibile doveva dichiararlo verbalmente davanti ai testimoni, i quali dovevano farne annotazione speciale sottoscritta a fine di non dimenticarlo. GIUSTINIANO però ha poi di nuovo mutato questa prescrizione colla Novella 119 cap. 9 ¹⁴⁾, colla quale dispone che qualora il testatore faccia scrivere il testamento da altri, non sia più necessario che egli stesso scriva il nome dell'erede, ma possa anche questo essere scritto validamente da altri. Il testamento può essere scritto su qualunque specie di materiale. « Nihil autem interest testamentum in tabulis, an in charta, membranave, vel in alia materia fiat », dice GIUSTINIANO nel § 12 I. *de test. ord.* 2, 10. In origine per testamenti scritti si adoperavano tavolette di legno cerate ¹⁵⁾, da ciò le espressioni *bonorum possessio secundum tabulas, contra tabulas*, o anche *contra lignum* ¹⁶⁾,

¹⁰⁾ CICERO, *de oratore*, lib. II, cap. 6; L. 88 § 17 Dig. *de legatis*, II, 31.

¹¹⁾ BRISSONIO, *de formulis*, lib. VII, cap. 5, pag. 561. — LEEUWEN, *Dissertatio de iuris studiosis*, pars II, § 5 in OELRICH, *Thesaurus dissertationum Belgicarum*, vol. II, tomo I, pag. 407. — Vedi pure EINECCIO, *Antiquitates Romanae*, lib. II, tit. 10, § 8.

¹²⁾ L. 29 Cod. *de test.*, 6, 23.

¹³⁾ § 4 I. *de test. ord.*, 2, 10.

¹⁴⁾ « Quoniam vero antea legem tulimus ut testatores vel propria manu, vel per testes nomina heredum in testamentis scribant, cognovimus autem per subtilitatem illam multa testamenta subversa esse.... iubemus ut illis quidem qui volunt haec in testamentis suis observare liceat. Sin autem haec non observaverint sed secundum veterem consuetudinem testentur, sancimus ut etiam sic testamentum firmum sit, sive quis ipse sive per aliam personam nomen heredis scripserit: modo testator reliqua solemnia in testamento observet » (versione HOMBERGK).

Da questa novella è tratta l'autentica *et non observatur* Cod. *de testamentis*, 6, 23.

¹⁵⁾ BOEHMER, *Commentatio testamenti signati et subscripti a testibus in involucro vis et auctoritas vindicata*, Goettingae 1746, § 2, in *Electa iuris civilis*, I, pag. 39.

¹⁶⁾ L. 19 Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 11.

cerati codicilli ¹⁷⁾, *ultimae cerae* ¹⁸⁾, *lignae tabulae* ¹⁹⁾. GIUSTINIANO stesso accenna di frequente a queste *tabulae*. Pertanto ha manifestamente torto il SALMASIO ²⁰⁾ quando afferma che dopo COSTANTINO il Grande non si hanno più tracce dell'uso delle tavolette cerate, e lo SCHULTING infatti lo ha già confutato ²¹⁾. In tempi posteriori si adoperò la pergamena o anche la carta, della quale si distinguono varie specie sotto diversi nomi, per esempio *chartae Augustae, Livianae, Claudiae, Faniae, Taeniaticae* e altre varie ²²⁾, o in fine la corteccia d'albero ²³⁾ o l'avorio ²⁴⁾. L'espressione *tabulae testamentorum* prese d'allora in poi un significato così esteso che vi fu compresa ogni sorta di materia. Ciò ne è insegnato da ULPIANO, libro XXXIX *ad Edictum* ²⁵⁾:

¹⁷⁾ L. 32 Dig. *de legatis III*, 32. QUINTILIANO, *Institutiones oratoriae*, lib. X, cap. 3.

¹⁸⁾ MARZIALE, lib. IV, epigr. 26. — BRISSONIO, *de verb. sign.*, v. *cerae*.

¹⁹⁾ L. 1 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 38, 11.

²⁰⁾ *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. 27, pag. 270.

²¹⁾ *Iurisprudentia antejustinianaea*, ad ULPIANI, fragm. XX, 9, nota 27, pag. 629. Cfr. EINECCIO, *Antiquitates Romanae*, lib. II, tit. 10. § 12, nota 1; e § 3 l. *de pupill. subst.*, 2, 16.

²²⁾ Vedi PLINIO, *Historia naturalis*, lib. XIII, cap. 11, 12. — Guido PANCIROLI, *Rerum memorabilium*, lib. 2, tit. 13. — SALLMUTH, *Comm. ad Pancirolum*, pag. 258 seg. — WEHRE, *Vom Papier* (Della carta), Halle 1789, con aggiunto del 1790. — TYCHSEN, *Commentatio I et II de chartae papyraceae in Europa per medium aevum usu* nelle *Commentationes societatis regiae scientiarum Goettingae recentiores*, vol. IV, 1819. Classe storico-filologica.

²³⁾ Cioè di alberi che avevano una corteccia particolarmente sottile, la quale si poteva adoperare come carta. Di questa specie erano i *phylira* e i *tilia*, di cui parlano PLINIO, *Historia naturalis*, lib. XIII, cap. 11, lib. XVI, cap. 14. — ISIDORO, *Etymologiae sive origines*, lib. VI, cap. 13, lib. XVII, cap. 6. — SERVIO, ad *Virgilii Aeneidos*, XI, n. 554. — ULPIANO, L. 52 pr. Dig. *de legatis III*, 32. — PAOLO, *Rec. sent.*, III, 6, 87. — Vedi PITISCI, *Lexicon. antiquit. romanarum*, t. III, v. *phylira*, pag. 76. — SALLMUTH, *Comm. ad Pancirolum rerum memorab. lib. II, tit. 13*, pag. 252 seg. — SCHWARTZ, *Disputatio II de ornamentis librorum veterum*, § 3. — SCHULTING, *Iurisprudentia vetus antejust.*, ad Pauli Sent. III, 6, 87, nota 10, pag. 377. — POTHIER, *Pandectae Justin.*, tomo II, *de legatis*, n. 493, nota n, pag. 375.

²⁴⁾ L. 52 pr. Dig. *de legatis III*, 32. — THEOPHILUS, *Paraphrasis graeca ad § 12 l. de test. ord.* — SCHWARZ, *Dissertatio de ornamentis codicum veterum*, Altorfii 1735, § 4: *Dissert. II de ornamentis librorum apud veteres usitatis*, § 3.

²⁵⁾ L. 1 pr. Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

« Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram. Sive igitur tabulae sint lignae, sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae, vel si corio alicuius animalis ²⁶⁾, tabulae recte dicuntur ».

Quando poi ULPIANO stesso dice nel libro 42 *ad Edictum* ²⁷⁾ che un testamento è valido ancor che scritto in *opisthographo* e che si può in base ad esso ottenere una *bonorum possessio*, per *opisthographum* deve intendere una carta già scritta da una parte ²⁸⁾. Propriamente però *opisthographum* o *charta opisthographa* è una carta scritta da ambo i lati dal greco *ὀπισθεν* *a tergo*, e *γράφω* *scribo* ²⁹⁾. In questo si-

²⁶⁾ ULPIANO distingue i *corium animalis* dalle *membranae*. Parimente TEOFILO nella Parafrasi greca al § 12 I. *de test. ord.* dice: *ἐν δέρι* (in corio). — Leone ALLAZIO nelle *Animadversiones in antiquitatum Brusearum fragmenta* n. 63, pag. 114 ci dà schiarimenti in proposito. Egli dice: *Membrana* è una pergamena, *corium* è la pelle di animale raffinata, ma non ancora lavorata a pergamena bensì ancora greggia e pelosa dalla parte esterna di guisa che non vi si può scrivere che nella parte interna. Il SALLMUTH (*Comm. ad Pancirolum*, II, 13, pag. 253) osserva però che la parola *corium* non indica solo la pelle di animale, ma la copertura di un qualunque corpo, quindi anche la corteccia d'un albero. Vedi PLINIO, *Historia naturalis*, XV, cap. 18, XIII, cap. 12. — CATONE, *de re rustica*, cap. 18. In quest'ultimo senso sembra essere usata la parola *corium* da ULPIANO nella L. 52 pr. *Dig. de legatis*, III, 32:

« Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint sive in quavis alia materia: sed et si in philyra, aut in tilia, ut nonnulli conficiunt, aut in quo alio corio, idem erit dicendum ».

Qui *corium* non può significare, secondo il senso generale del testo, altro che corteccia d'albero. Per ciò non è necessario correggere *corio* in *cortice*, come avea proposto l'HOFFMANN, *Meletemata seu observationes variae ad Pandectas*. Vedi PÜTTMANN, *Meletematum iuris civilis*, Specimen I, Lipsiae 1771, cap. 7, § 3 negli *Opuscula*, pag. 181 seg.

Quando poi ULPIANO nella L. 1 pr. *Dig. de bonorum poss. sec. tabulas*, 37, 11 comprende sotto la denominazione di *tabulae testamenti* anche quelle « quae sunt de corio alicuius animalis », e le distingue dalle *membranae*, egli intende per *corium* pelle conciata della quale i Romani si servivano come materiale da scrittura e sulla quale, come osserva il MONTFAUCON, tomo III, lib. 5, capo 5, deve essere stata scritta dagli Ebrei la così detta « Megella di Ester » che è quanto dire *volumen Ester*. Vedi GRUPEN, *Observationes de forma conficiendi acta et de forma testamentorum*, obs. II, § 9, pag. 176.

²⁷⁾ L. 4 *Dig. de bon. possessione secundum tabulas*, 37, 11.

²⁸⁾ Vedi TEXTOR, *Dissertatio de opisthographo*. — HOEPFNER, *Commentar iiber, etc.* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 448, pag. 480.

²⁹⁾ Cfr. CORASIO, *Miscellanea iuris civilis*, lib. I, cap. 18. — BRISSONIO, *de*

gnificato la parola è usata anche da PLINIO ³⁰⁾ quando, parlando degli scritti del suo zio, dice che egli gli aveva lasciato « electorum commentarios centum sexaginta, opisthographos quidem et minutissimis scriptos », frase tradotta molto esattamente dallo SCHAEFER ³¹⁾. centosessanta fascicoli di miscellanea (*collectamen*) scritti da ambe le parti e in caratteri minutissimi. Era questa, a dir vero, cosa molto notevole, perchè di solito i Romani scrivevano da una parte sola, cioè nella parte interna della carta ³²⁾.

Dopo AUGUSTO i Romani si servivano a preferenza del papiro egiziano ³³⁾ preparato col tronco di una pianta giuncosa: il papiro aveva la particolarità di non potersi scrivere che dalla parte interna, ma i Romani avevano trovato il modo di levigarlo e di preparare anche la parte esterna in modo che vi si potesse scrivere agevolmente e leggibilmente. Una carta preparata in tal modo da scriversi da due parti si chiamava *charta opisthographa* o *adversaria* e una scrittura vergata sulle due parti della carta *opisthographum* ³⁴⁾. Il papiro egiziano di cui i Romani si servivano non poteva essere piegato come la carta odierna, i fogli si arrotolavano semplicemente a cilindro e tali rotoli si chiamavano *volumina* ³⁵⁾. Così si spiega perchè essi fos-

verborum significatione v. *opisthographus*. — PITISCI, *Lexicon antiquitatum Romanarum*, t. II, pag. 692 v. *opisthographa*. Il CUIACIO, *Observationes*, VIII. 15, riferisce anche un passo di TEODORO Ermopolita ad L. 29 Dig. de verb. sign. dove una quietanza scritta a tergo del chirografo è chiamata *λοστιν ἐπιστολογραφον*. Cfr. specialmente TROTZ, ad Hugonem, de prima scribendi origine, Trajecti 1738, pag. 348.

³⁰⁾ *Epistolae*, lib. III, ep. 5, n. 17.

³¹⁾ *Uebersetzung der Briefe des Plinius* (Versione delle lettere di Plinio), vol. I, pag. 159, 2ª edizione.

³²⁾ GUIDO PANCIOLOI, *Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris*, Lugduni 1617, lib. II, cap. 108, pag. 279.

³³⁾ PLINIO, *Historia naturalis*, XIII, 22 seg. — SALMASIO, de *subscribendis et signandis testamentis*, cap. 10, pag. 110, cap. 27, pag. 271; de *modo usurarum*, cap. 101, pag. 401 seg. — HUGO, *Civilistisches Magazin* (Magazzino civile), vol. VI, fasc. 2, pag. 132 seg.

³⁴⁾ SPANGENBERG, de *modo conficiendi instrumenta apud Romanos commentariolus*, cap. 1, sez. 1, § 1, praemissis iuris romani tabulis negotiorum solemnium ab eo editis, Lipsiae 1822, pag. 14.

³⁵⁾ CLAUDIO SALMASIO, de *subscribendis et signandis testamentis*, cap. 10, pagine 107-110; cap. 27, pag. 270. — VOSS, *Observationes in Catullum*, pag. 71. — SPANGENBERG, cit. *Commentariolus*, cap. 1, sez. 1, § 3, pag. 21.

sero scritti solo internamente. Parecchi fogli si attaccavano per il lungo mediante la colla ³⁶⁾ in modo che la parte esterna restasse bianca, ed era cosa fuori dell'ordinario che questa fosse scritta, in altre parole che si avesse un *opisthographum*. Per ciò poteva anche nascere dubbio circa la validità di un testamento scritto in tal modo. CICERONE ³⁷⁾ dice che ai suoi tempi una scrittura scritta anche sulla parte esterna della carta non era un documento probatorio, ma ai tempi di ULPIANO nulla più si opponeva alla validità del testamento *et si in opisthographo quis testatus sit*. ULPIANO dice anche nello stesso testo essere indifferente se il testamento sia scritto su *nova charta* o su *charta deleticia*, poichè l'una e l'altra sono ugualmente carta. *Charta nova* è lo stesso che *charta pura*, sulla quale cioè non è mai stato scritto; *deleticia* è una carta già usata dalla quale fu cancellata la primitiva scrittura e ve ne fu sovrapposta una nuova ³⁸⁾. I Romani infatti si servivano per scrivere di un inchiostro nero fatto principalmente di fuliggine e facilmente cancellabile quindi con una spugna ³⁹⁾. Il nostro inchiostro non si cancella così facilmente, ma non v'ha dubbio tuttavia che quando lo scritto sia stato cancellato la carta possa essere usata in caso di bisogno, per scrivervi un testamento, purchè lo scritto non sia così confuso da essere illeggibile ⁴⁰⁾. Il caso

³⁶⁾ L'acqua del Nilo, che era piuttosto glutinosa, e probabilmente anche la resina della pianta del papiro servivano a fermare insieme i fogli tra loro, come di colla. PLINIO dice nel testo citato sopra alla nota 35 (capo XII, sez. 23): «Texuntur omnes chartae madente tabula nili aqua. Turbidus liquor glutinis praebet vicem».

³⁷⁾ *Pro Roscio comoedo*, cap. 2.

³⁸⁾ BRISSONIO, *de verborum significatione*, v. *deletitia charta*. — LEYBER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. IV, spec. 273, med. 2, pag. 1080. — OTTONE, *Comm. ad § 12 I. de test. ord.*, 2, 10, n. 2, pag. 149. — SPANGENBERG, *Comm. cit.*, § 1, pag. 14. — SCHWEPPE, *Römisches Rechtsgeschichte und Rechtsalterthum* (Storia del diritto romano e antichità giuridiche romane), § 17, pag. 30 della 2.^a edizione.

³⁹⁾ SVETONIO, *Caligula*, cap. 20. Di uno scritto poi cancellato si usava il dettato, *in spongiam incubuit*. Vedi SVETONIO, *Octavianus Augustus*, capo 85 in fine.

⁴⁰⁾ EINECCIO, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, § 498 dice: «ut charta literas non confundat». Vedi anche HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle istituzioni di Eineccio), § 448, pag. 480. Di opinione diversa è l'HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 62.

però non è facile ad avverarsi ai tempi nostri perchè la carta non è più così rara da necessitare l'uso di fogli già scritti. Sotto gli imperatori di Oriente fu introdotta la carta bollata ⁴¹⁾. Sopra ogni rotolo veniva indicato da chi esso fosse stato preparato, e sotto quale *comes sacrarum largitionum* ossia ministro del tesoro imperiale, perchè a questo spettava la sorveglianza sulla *res chartaria* ⁴²⁾. Questo si faceva su una scheda attaccata al rotolo, la quale, perchè attaccata con colla (κόλλα), si chiamava *protocollum* (πρωτόκολλον), che è quanto dire foglio incollato o ingommato ⁴³⁾. Ma poichè questo protocollo era solo l'involto del rotolo e così poteva facilmente sporcarsi, si prese l'abitudine di toglierlo e di scrivere invece sullo spazio bianco che rimaneva nel rotolo stesso. Ma la segnatura del *comes sacrarum largitionum* e il contenuto del protocollo, in ispecie l'indicazione del tempo in cui la carta era stata preparata, potendo anche avere per iscopo di scoprire le eventuali falsità, qualora cioè l'epoca del documento non corrispondesse al tempo del *comes largitionum*, GIUSTINIANO nella Novella 44, la quale però ebbe vigore solo per Costantinopoli, ordinò che il protocollo non potesse più esser staccato dal rotolo, ma dovesse essere lasciato attaccato sulla carta a cui era incollato, e che pertanto i notari non potessero servirsi per la confezione dei loro istrumenti di carta che non avesse il *protocollum* ⁴⁴⁾. Gli esemplari di testamenti che nei tempi moderni ha pubblicato

⁴¹⁾ Vedi KLÜPFEL, *Ueber Stempelpapier nach Justinianischem Rechte* (Sulla carta bollata secondo il diritto giustiniano) nello scritto del medesimo dal titolo: *Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts* (Su alcune parti del diritto civile), Stuttgart 1817, n. 5, pag. 72.

⁴²⁾ PANCIROLI, *Comm. in notitiam imperii Orientalis*, cap. 75 seg., pag. 125 e seg.

⁴³⁾ Vedi *Geschichte des Worts protocollum* (Storia della parola *protocollum*) nel *Magazzino civile* dell'HUGO, vol. VI, fasc. 2, n. 7, pag. 134 seg. Però gli antichi chiamavano *protocollum* anche la prima pagina del libro contenente il nome dell'autore, il luogo e il tempo della pubblicazione, in altre parole il frontispizio. Vedi BRIASSONIO, *de verborum significatione*, v. *protocollum*.

Del significato della parola *protocollum* e sulla sua derivazione dal greco κόλλα (colla) hanno trattato diffusamente anche il SALMASIO, *Comm. ad Vopiscum*, in *Firmo*, pag. 703 segg. e GRUPEN, loc. cit., *Observatio*, I, pag. 13 e seg.

⁴⁴⁾ Vedi CUIACIO, *expositio Novellae*, 44.

l'abate Gaetano MARINI ⁴⁵⁾ e i quali cadono nel sesto secolo sono scritti su papiri e l'esemplare num. 75, o num. 18 in SPANGENBERG ⁴⁶⁾, contenente il testamento di un Goto, Manano, fatto nell'anno 572, si distingue per ciò che esso è scritto anche a tergo ed è legato in forma quadrata ⁴⁷⁾.

Ai giorni nostri il testamento può essere scritto su qualunque materia, purchè sia leggibile, perocchè ciò che non è leggibile si ha per non scritto ⁴⁸⁾. Generalmente i testamenti si scrivono su carta ordinaria, tranne che le leggi particolari prescrivano la carta bollata: di regola però il mancato uso della carta bollata non rende il testamento nullo ⁴⁹⁾, soltanto il foglio bollato deve essere completato. Se per la scrittura del testamento sia adibito un notaro, quello deve essere scritto, secondo il § 19 dell'Ordinanza notarile di MASSIMILIANO I dell'anno 1512, su pergamena e non su carta, ma questa prescrizione non è più osservata oggi ⁵⁰⁾.

La lingua nella quale il testamento sia scritto può essere una qualunque. Presso i Romani una volta i testamenti non poteano essere scritti che in latino ⁵¹⁾, poichè questa lingua era indispensabile

⁴⁵⁾ *I papiri diplomatici*, Roma 1805, n. 74, 75. Questi testamenti sono stati poi ristampati e illustrati con note dallo SPANGENBERG, nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. 5, pag. 145, 163 e nelle sue *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium superstites*, pag. 121 seg. Gli esemplari e i frammenti di antichi testamenti romani contenuti in questo libro ci provano che quelli si scolpivano anche in pietra e in marmo. Cfr. per es. n. I-X.

⁴⁶⁾ Vedi SPANGENBERG, *Tabulae* cit., pag. 126 seg.

⁴⁷⁾ SPANGENBERG, *Comm. de modo conficiendi instrumenta*, cap. 1, sez. 1, § 2, pag. 16, § 3 pag. 22.

⁴⁸⁾ L. 73 § 2 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17.

⁴⁹⁾ Vedi KLÜPFEL, *Ueber einzelne Theile, ecc.* (Su alcune parti del diritto civile). n. 5, § 15, pag. 77. Vedi anche l'*Allgemeines Preussisches Landrecht* (Diritto generale territoriale prussiano), p. I, tit. 12, § 159. Di opinione diversa è però Pietro MUELLER, *ad Struvium*, exercit. 32, th. 10, nota 1, n. 7, pag. 648.

⁵⁰⁾ Vedi MÜLLER, *ad Struvium*, *Syntagma iuris civilis*, II, exerc. 32, th. 10, note 2, 1, n. 6, pag. 647. — HAHN, *Observationes theor. pract. ad Wesenbecium*, pars II, lib. 22, tit. 4, n. 4, pag. 94. — BARDILI, *Disputatio de subscriptione*, Tubinga 1685, cap. 5, n. 32-34. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. 2, tit. IV, th. 4 in fine, tomo I, pag. 368 edizione Haubold.

⁵¹⁾ BRISSONIO, *de formulis et solemnibus populi Romani verbis*, lib. VII,

in tutti i *negotia iuris civilis* ⁵²⁾. Ciò ne dimostrano le formule latine spesso ripetute per l'istituzione d'erede ⁵³⁾ e la regola espressamente scritta pei legati ⁵⁴⁾. Soltanto i fedecommissi e i codicilli, in cui quelli eran contenuti, poteano scriversi in qualunque lingua, e in particolare in greco ⁵⁵⁾. Fu TEODOSIO il Giovine il primo a concedere in una costituzione andata persa che il testamento potesse essere scritto in greco. TEODOSIO fa cenno di quella costituzione nella sua novella *de testamentis* dell'anno 439 ⁵⁶⁾, nella quale applica la costituzione anche ai legati, alle manomissioni testamentarie e alle *tutoris dationes*. Egli così si esprime nel § 8:

« Illud etiam huic legi perspicimus inserendum ut, quoniam graece iam testari concessum est, legata quoque ac directas libertates, tutores etiam graecis verbis liceat in testamentis relinquere, ut ita vel legata relicta, vel libertates directae, tutores dati videantur, ac si legitimis verbis ea testata dari, fieri, observarique iussisset ».

Probabilmente la costituzione andata persa fu pubblicata nello stesso anno 439 e forse poco prima di questa Novella, come congettura il RITTER ⁵⁷⁾. TRIBONIANO ha interpolato questa costituzione nella L. 21 Cod. *de testam.* 6, 23, la quale si chiude con queste parole:

cap. 6, pag. 561 edizione Bach. — EINRECCIO, *Antiquitates*, II, 10, § 10, p. 433 ediz. Haubold.

⁵²⁾ WALCH, *Comm. de lingua latina, lingua legitima negli Opuscula*, t. I, sez. II, exerc. 5, §§ 2, 8 seg., § 13. — DIRKSEN, *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni civili), I vol. Berlino 1820; *Diss.* pag. 87 seg., 91 seg. — SPANGENBERG, *Comm. cit.*, § 4, pag. 22 seg.

⁵³⁾ BRISSONIO, *de formulis*, lib. 7, cap. 15, pag. 15, pag. 565 seg.

⁵⁴⁾ GAIO, II, § 281. — ULPIANO, XXV, 9. — SCHULTING, *ad eundem*, nota 21 nella *Iurisprudentia antejustinianaea*, pag. 661.

⁵⁵⁾ GAIO, loc. cit. — ULPIANO, loc. cit., L. 11 pr Dig. *de legatis* III, 32. — BRISSONIO, *de formulis*, lib. 7, cap. 146, p. 635 seg.; cap. 166, p. 661 seg.

⁵⁶⁾ Nella *Collectio novellarum constitutionum imperatorum Iustiniano anteriorum a I. D. RITTERO adornata*, lib. I, tit. 9 adi. Cod. Theod. I. GOTHOFREDI, t. 6, p. II, pag. 30 e in HUGO, *iur civile antejust.*, II, pag. 1253.

⁵⁷⁾ *Ad Novellam cit.*, nota *kk*, pag. 32. Vedi anche SPANGENBERG, ad L. 21 Cod. *de testamentis*, nota 30 nell'edizione del Codice da lui annotata, pagina 355.

« Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari ».

Da tutta questa esposizione appare come sia inesatta l'opinione di quei giureconsulti ⁵⁸⁾, i quali ritengono che già fin dal trasporto della residenza imperiale a Costantinopoli sia stato permesso di far testamento in greco. Quest'opinione è stata già confutata esaurientemente dal RITTER ⁵⁹⁾ e dal DIRKSEN ⁶⁰⁾. Il BRISSONIO ⁶¹⁾ ha, per dir vero, pubblicato un testamento di Gregorio NAZIANZIENO scritto in greco su pergamene nell'anno 389, e così prima di quella costituzione dell'imperatore TEODOSIO. Ma, quando pure non si voglia ammettere collo SPANGENBERG ⁶²⁾ che sia stato tradotto dal latino in greco, non potendosi ai tempi di questo GREGORIO fare validamente testamento altrimenti che in latino, e quando pure la validità di questo testamento non sia stata discussa, non ne segue che a quel tempo i testamenti potessero farsi validamente in lingua greca.

Come ai giorni nostri il testatore può indifferentemente scrivere in qualunque lingua e servirsi di qualunque scrittura, purchè sia intelligibile e leggibile, così parimente per nulla è danneggiata la validità del testamento da qualche cancellatura o da qualche scrittura fra le linee; basta che si abbia la certezza che ciò è avvenuto per mano del testatore o per mano d'altri col suo consenso, come ne insegnano gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nel seguente rescritto. L. 12 Cod. *de testamentis* 6, 23:

« Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit

⁵⁸⁾ OTTONE, *Comm.* ad § 12 I. *de testamentis ord.*, n. 6, pag. 249. — EINECCIO, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, lib. 28, tit. 5, § 43, nota *.

⁵⁹⁾ *Ad Novellam Theodosii cit.*, nota *kk*, pag. 31.

⁶⁰⁾ *Dissertationi civili*, vol. I, pag. 92.

⁶¹⁾ *De formulis*, lib. VII, cap. 169, pag. 647 seg. ediz. Bach. Il SIRMOND, già professore a Parigi, tradusse questo testamento in latino e questa traduzione è stata accolta dal BARONIO nei suoi *Annales ecclesiastici*, ad annum 389. — Lo SPANGENBERG ha pubblicato nelle sue *Tabulae negotiorum*, pag. 71-79, l'esemplare greco del BRISSONIO colla traduzione latina del SIRMOND.

⁶²⁾ *Loc. cit.*, nota 1, pag. 71.

testamentum. De his autem, quae interiecta, sive suprascripta dicis, non ad iuris solemnitatem sed ad fidei pertinet quaestionem, ut appareat utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa ».

In fine non è neppur necessario che il testamento scritto sia tutto in parole. Il testatore può scrivere i numeri anche in cifre ⁶³), le leggi fanno eccezione solo pei testamenti degli ascendenti fra discendenti ⁶⁴). Neppure le abbreviature nuociono alla validità del testamento ⁶⁵). PAOLO dice nel libro 41 *ad Edictum* ⁶⁶):

« Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas litteras non esse, Pedius libro vicesimo quinto ad Edictum scribit ».

Ma questa legge non osta alla nostra affermazione, perocchè non si deve dimenticare che la legge parla di *tabulae notis scriptae*. Ora *notae* erano certi segni o figure introdotti dall'uso dei quali i Romani si servivano nello scrivere in fretta per indicare una o più parole ⁶⁷). Si distinguevano da queste le *siglae* o *sigla* o anche *singla*, per le quali s'intendeva alcune lettere maiuscole colle quali s'indicavano intere parole, per esempio C. T. *certum tempus*. *Sigla* era dunque la lettera iniziale di una parola colla quale s'indicava l'intera parola: le *notae* al contrario non erano lettere, ma segni. PAOLO osserva ciò nel citato testo, quando, richiamandosi all'autorità di PEDIO, dice *notas litteras non esse* ⁶⁸). Diverse dalle une e dalle altre erano le

⁶³) MÜLLER, *ad Struvium*, exercit. 32, th. 10, note c, e, n. 3, pag. 647. — HOEFFNER, *Commentar.*, etc. (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 448.

⁶⁴) Novella 107, cap. 1.

⁶⁵) CARPZOVIO, *Iurisprudentia forensis*, pars III, const. 3, def. 4. — VINNIO, *ad § 1 I. de test. ord.*, n. 2 — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4, th. 4, in f.

⁶⁶) L. 6 § 2 *Dig. de bon. poss.*, 37, 1.

⁶⁷) ECKHARD, *Hermeneutica iuris*, lib. I, § 55. — TROTZ, *ad Hugonem, de prima scribendi origine*, cap. 18, pag. 174 seg. Esempi di *notae* sono addotti anche dal CUIACIO, *Observationes*, XII, 40.

⁶⁸) CANNEGIETER, *Disquisitio de notis et siglis earumque usu frequentissimo in fragmentis antiquis, praecipue iurisconsultorum, adiectis Ulpiani fragmentis*, Lugduni Batavorum 1774, pag. 297 seg.

abbreviaturae, cioè abbreviazioni che si distinguevano dalle *notae* e dalle *siglae* per essere composte di lettere e precisamente di più lettere di una parola, dalle quali si riconosceva la parola stessa ⁶⁹). Or di queste due ultime specie di forme abbreviate di scrittura la legge non parla, e solo dunque le *notae*, parola che si traduce esattamente per *segni* ⁷⁰), erano vietate nei testamenti dei pagani ⁷¹), perchè il più spesso erano inintelligibili ⁷²) e davan luogo ad equivoci ⁷³). Nei testamenti dei soldati però esse potevano adoperarsi senza che ne derivasse nullità ⁷⁴). Si può concludere dunque che anche secondo la citata legge di PAOLO le abbreviazioni sono ammesse nei testamenti senza pericolo di nullità, purchè siano intelligibili. Tuttavia è da consigliare di evitare per quanto è possibile le abbreviazioni e di scrivere i numeri per intero in parole ⁷⁵).

Un'altra particolarità del testamento scritto si è che non occorre che i testimoni ne conoscano il contenuto e neppure per ciò che comprendano la lingua in cui è stato fatto ⁷⁶). Che se il testatore avesse fatto conoscere ai testimoni il contenuto del testamento da lui scritto in una lingua a tutti nota, esso potrebbe valere anche come testamento nuncupativo, ciò che sarebbe utile se nella confezione del testamento scritto fosse stata trascurata qualche formalità, come già sopra ebbi a notare ⁷⁷).

⁶⁹) ECKHARD, *Hermeneutica iuris*, loc. cit., § 18.

⁷⁰) SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 816. — MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Roemischen Rechts* (Trattato di diritto romano attuale), § 641, nota a.

⁷¹) Vedi specialmente CUIACIO, *Observationes*, III, 3. — FORNERIO, *Res quotidianae*, lib. III, cap. 2 nel *Thesaurus* di OTTONE, t. II, pag. 196. — TYDEMANN, *Dissertatio de Pedio iurisconsulto*, pag. 43 seg. — STOCKMANN, *Programma de iure testamenti noctis perscripti*, Lipsiae 1781.

⁷²) CICERONE, *ad Atticum*, XIII, ep. 32.

⁷³) Un esempio si trova in SVETONIO, *Galba*, cap. 5.

⁷⁴) L. 10 pr. Dig. *de test. mil.*, 29, 1. — MURETI, *Notae ad tit. Dig. de militari testamento*, ad h. l. 40, *Opera a D. RUINKEN edita*, tomo 4, Lugduni Batavorum 1789, pag. 399.

⁷⁵) STRYKIO, *Quaestiones testamentorum*, cap. 15, § 6. — BOEHMER, *Dissertatio de scripturis non legibilibus*, capo III nelle *Exercitationes ad Pandectas*, t. IV, p. 385 sg.

⁷⁶) L. 21 Cod. *de testam.*, 6, 23.

⁷⁷) Vedi il § 1401 di questo *Commentario* e PUCHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens*, etc. (Manuale della procedura giudiziale nelle materie civili non contenziose), II, § 246, pag. 275.

§ 1415 a.

Sottoscrizione del testatore o di un ottavo testimone.

Un secondo requisito particolare del testamento scritto è la sottoscrizione di mano del testatore, la quale deve farsi in presenza dei testimoni in seguito alla dichiarazione che lo scritto presente è il suo testamento. Secondo la costituzione di TEODOSIO II ⁷⁸⁾, questa sottoscrizione deve farsi sempre dal testatore, tanto se il testamento sia stato scritto da lui stesso quanto se egli l'abbia fatto scrivere da altri.

« Hae consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficiendis testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit ».

Se però il testatore non sappia scrivere o sia impedito di firmare da malattia o da impedimento della mano, è necessario aggiungere ai sette testimoni un ottavo, il quale firmi invece del testatore; nelle leggi esso è chiamato *octavus subscriptor*: dice infatti la legge citata:

« Quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus ».

L'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I al titolo *dei testamenti* § 7 contiene una traduzione quasi letterale di questa costituzione di TEODOSIO.

« La forma del testamento scritto, non molto in uso oggi, ma adoprata da coloro che non vogliono durante la loro vita far sapere

⁷⁸⁾ L. 21 pr. Cod. de testam., 6, 23. Vedi DONELLO, *Commentarii de iure civili*, lib. VI, cap. 8, § 1.

a nessuno le loro ultime volontà è la seguente: Colui che vuol fare testamento porta davanti a sette testimoni tutti liberi e superiori ai quattordici anni, i quali, essendo stati a ciò espressamente pregati o chiamati, si trovino tutti riuniti insieme, uno scritto legato e suggellato o semplicemente chiuso e avvolto, vergato di sua propria mano o di mano di altri (*ein Schrift bezeichnet und verbunden, oder allein beschlossen und eingewickelt, sie sei* ⁷⁹⁾ *von desselben Testirers oder eines jeden Andern Hand geschrieben*) e lo presenta loro affinché ciascuno lo sottoscriva e vi apponga il suo suggello, dichiarando egli apertamente, che quello che egli presenta è il suo testamento e sottoscrivendolo in presenza di tutti i testimoni, e se egli non sappia o non possa scrivere ⁸⁰⁾ facendolo sottoscrivere per suo incarico o in suo nome da un ottavo testimone ».

L'ordinanza notarile designa questa persona oltre i sette testimoni, che deve al caso sottoscrivere pel testatore, come ottavo testimone, e questa denominazione gli si adatta perfettamente così come all'ottavo testimone del testamento del cieco, al quale vien parificato questo testamento di chi non sa o non può scrivere ⁸¹⁾. Il KONOPAK ⁸²⁾ però non accetta questa designazione per la ragione che TEODOSIO la chiama invece a ragion veduta *octavus subscriptor*. Ma forse il legislatore chiamò questo testimone semplicemente *subscriptor* per distinguerlo dagli altri sette testimoni, perocchè egli non appone come questi il suggello al testamento, ma solo sotto-

⁷⁹⁾ Nella *Raccolta dei decreti dell'impero*, Francoforte 1747, parte II, pag. 161 è detto: *eingewickelt sei sei*, ma la lezione è evidentemente erronea. Io seguo qui la lezione esatta di Gustavo EMINGHAUS, *Corpus iuris germanici acad.*, parte I, Jena 1824, pag. 1333.

⁸⁰⁾ Alcuni hanno voluto intendere ciò nel senso che secondo l'ordinanza notarile il testatore che non sa scrivere, benchè lo potrebbe fisicamente, sia da parificare a quello che non può scrivere e quindi possa servirsi di un rappresentante. Vedi per es. CARPZOVIO, parte II, dec. 147. Ma il GESTERDING, *Ausbeute der Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien* [Risultato di ricerche su varie materie giuridiche], vol. I, n. XIII, pag. 345, ha dimostrato che questa spiegazione è erronea.

⁸¹⁾ *Novella Leonis*, 69: STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. 4, § 26.

⁸²⁾ *Institutionen des roemischen Privatrechts* (Istituzioni di diritto privato romano), § 344, nota 1, pag. 232; 2.^a edizione aumentata e riveduta, Jena 1824.

scrive pel testatore il quale non deve invece apporre il suggello. Ma che cosa significa: l'ottavo testimone sottoscrive pel testatore? L'ottavo testimone sottoscrive col proprio nome o con quello del testatore? Il GESTERDING⁸³⁾ chiama questa una *quaestio Domitiana*, perchè la risposta si intende da sè. È naturale infatti, a dire del GESTERDING, che il *subscriber* sottoscriva col nome del testatore da lui rappresentato. Tuttavia la questione non è così incontrovertibile, e solo la minoranza è dell'opinione del GESTERDING; i più⁸⁴⁾ ritengono invece che l'*octavus subscriber*, appunto perchè è un ottavo testimone, debba sottoscrivere col proprio nome coll'annotazione però che lo fa in vece del testatore. Il CUIACIO anzi dà un formulario; per esempio: *Lucius Titius pro Caio Seio testatore subscripsit hoc testamentum nomine suo testatorisque*. Ma il GESTERDING obietta: che cosa significherebbe il nome dell'ottavo testimone sotto il testamento? Appunto perchè egli è l'ottavo testimone non c'è bisogno della sottoscrizione col suo proprio nome; egli anzi non è un vero testimone, e gli scrittori soli lo chiamano così, le leggi conoscono solo un *octavus subscriber*. Egli rappresenta il testatore e compie gli atti che il testatore avrebbe dovuto compiere, ma il nome del testatore deve stare sotto il testamento, altrimenti questo sarebbe nullo per mancanza della sottoscrizione. Or, poichè il testatore non può sottoscrivere, un altro deve invece di lui sottoscrivere col nome di lui, essendo

⁸³⁾ Loc. cit., pag. 347.

⁸⁴⁾ CUIACIO, *Recitationes solennes in Cod. s. Comm. ad tit. XXIII lib. VI Cod. de test.*, pag. 527 in fine (ediz. Francoforte 1605). — DONELLO, *Comm. ad L. 21 Cod. de testamentis*, n. 15 pag. 369 (ediz. Francoforte 1599). — BARDILI, *Dissertatio de subscriptione*, Tubinga 1685, cap. VI, n. 24. — MÜLLER, *ad Struvium*, exercit. 32, th. 10, nota v, tomo II, pag. 630. — CARPZOVIO, pars II, decis. 147. — STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, cap. 4, § 26. — MANZIUS, *Tractatus de testam. valido vel invalido*, tit. IV, n. 113, pag. 228. — BRUNNEMANN, *Commentarius ad L. 23 Cod. de testam.*, n. 9. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. IV, tit. 4, th. 4, tomo I, pag. 368 ediz. Haubold. — L. G. MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 69, pag. 83. — HOEPFNER, *Commentar über die Heineccischen Institutionen* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 446, pag. 479. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 818, pag. 686. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 693. — BUCHER, *System der Pandecten* (Sistema delle Pandette), § 389. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 59.

indiff-rente se sottoscriva lui stesso, oppure faccia sottoscrivere ad altri. Se l'ottavo testimone sottoscrivesse col proprio nome, potrebbe anche nascere il dubbio che sia questi l'autore del testamento: è invece molto più naturale che il testimone Mevio sottoscriva col nome del testatore Tizio. In ogni caso, non per necessità ma *utilitatis causa*, egli potrebbe anche aggiungere: « Poichè Tizio non può scrivere io ho scritto qui il nome di lui per incarico ricevutone. Mevio ». A questi argomenti si può anche aggiungere non esser per nulla contro natura che alcuno scriva per un altro che non sa scrivere il nome appunto di quest'altro. Anzi la possibilità di ciò è provata dalla L. ult. Cod. *de testamentis* 6, 23, dove, determinandosi la forma del testamento in campagna, si prescrive che un testimone possa anche firmare per gli altri. Si vede da ciò che l'opinione sin qui difesa non manca di argomenti significativi, e parecchi scrittori infatti l'hanno accolta ⁸⁵). Tuttavia essa non è immune da qualche dubbio, che deve esser risolto. In primo luogo non può seriamente negarsi che l'*octavus subscriptor* sia, come gli altri sette, un testimone, perocchè le espressioni *signatores* e *subscriptores*, come da lungo tempo ha dimostrato il grande filologo SALMASIO ⁸⁶), sono denominazioni sinonime pei testimoni testamentarii. Ora ogni testimone di un testamento non solo deve firmare col proprio nome e di propria mano, ma anche notare di chi sia il testamento da lui firmato. Onde PAOLO insegna nel libro III *Sententiarum* ⁸⁷):

« Singulos testes qui in testamento adhibentur, proprio chirographo anotare convenit, quis et cuius testamentum signaverit ».

Quello che è detto in generale dei testimoni deve valere in particolare anche per l'ottavo testimone. L'ottavo testimone dunque sottoscrive col suo proprio nome, come ogni altro testimone, ma coll'annotazione che egli sottoscrive in nome e in vece del testatore, dal quale egli è stato pregato come ottavo testimone, non sapendo il te-

⁸⁵) Vedi MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen roemischen Rechts* (Trattato di diritto romano attuale), VIII ediz., § 641, pag. 466. — VALETT, *Trattato pratico del diritto delle Pandette*, III, § 967, nota 95.

⁸⁶) *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. 21, pag. 221.

⁸⁷) L. 30 Dig. h. t.

statore scrivere o essendone impedito da malattia. In secondo luogo è pure da osservare che anche nel testamento di un cieco, il notaro o l'ottavo testimone sottentrano nel posto del testatore, ed essi non sottoscrivono col nome di quest'ultimo, ma col proprio come gli altri sette testimoni. In terzo luogo, a chi ben guardi, ripugna in certo modo al buon senso che un terzo debba sottoscrivere il mio nome e questo sia da riguardarsi come scritto da me, e, ciò che più colpisce, non sia neppur necessario che l'*octavus subscriptor* aggiunga: « Poichè Tizio non può scrivere, io ho per suo incarico scritto qui il suo nome. Mevio », ma ciò sia da farsi solo *utilitatis causa*. Ma in tal modo come si potrebbe dire di avere soddisfatto alla prescrizione di legge? La legge prescrive espressamente che se il testatore non possa o non sappia scrivere debba essere adibito un *octavus subscriptor* oltre i sette testimoni: e quello deve nella confezione del testamento darsi proprio per *octavus subscriptor*, altrimenti la legge avrebbe anche potuto autorizzare a sottoscrivere uno dei sette testimoni. E chi potrebbe poi vedere dalla sottoscrizione se essa fu fatta da un *octavus subscriptor* per incarico del testatore, come vuole la legge? essa potrebbe benissimo essere stata fatta invece da uno dei sette testimoni, e così esser elusa la legge. Questo argomento molto forte del CAEPZOVIO non è sino ad ora stato menomamente scosso. In quarto luogo così la L. 21 pr. Cod. *de testam.* 6, 23 come l'ordinanza notarile, § 7 *dei testamenti*, prescrivono espressamente che il testatore dichiararsi in presenza dei sette testimoni essere quello il suo testamento e lo sottoscriva poi di propria mano davanti ai testimoni. Ora, come questa formalità deve nel testamento sottoscritto del testatore essere osservata da lui in persona affinchè non nasca dopo la sua morte questione se sia stata osservata o no, chè altrimenti le due leggi non si sarebbero spiegate in modo così espresso, così deve l'*octavus subscriptor* fare lui personalmente lo stesso. Anche in questo caso, cioè, devono essere osservate tutte le formalità che si osservano quando il testatore sottoscrive il testamento di propria mano, e ciò è provato dalle parole della L. 21 « octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus ». Non potrebbe dunque fare a meno di recare meraviglia tanto a un ignorante, quanto a uno che sia stato a scuola, di leggere un testamento fatto da Tizio e sottoscritto da Mevio, come se fosse lui il testatore, nel modo seguente

« Dopo avere riconosciuto questo testamento come il mio davanti a testimoni, l'ho firmato in presenza di questi. Tizio ».

Non sarebbe questo un falso evidente? E se il testatore fosse stato semplicemente impedito dalla malattia di firmare di propria mano, ma avesse in vita sua scritto abbastanza perchè la sua scrittura fosse conosciuta, quando poi per avventura dopo la sua morte nessuno dei testimoni fosse più in vita per potere deporre, tutto ciò desterebbe certamente il sospetto della falsità, massime fra gli eredi intestati che non avessero saputo nulla durante la vita del testatore dell'esistenza di quel testamento. E questo sarebbe certo un motivo che essi non si lascerebbero scappare per impugnare di falso il testamento. In quinto luogo, dov'è la legge che prescriva che l'*octavus subscriptor* debba sottoscrivere col nome del testatore? La L. 21 Cod. de testamentis 6, 23 dice:

« Quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus ».

Dunque l'ottavo sottoscrittore deve firmare in vece del testatore; e non fa egli appunto ciò se dopo aver firmato col proprio nome dichiara che egli ha sottoscritto il testamento di Tizio in nome di lui, e come ottavo testimone a ciò espressamente invitato, perchè il testatore era impedito dalla sua malattia di adoprare la mano, e che il testatore riconobbe in presenza dei testimoni quel testamento come la sua propria ultima volontà?

In questo modo l'*octavus subscriptor* si manifesta quel che veramente la legge prescrive, un vero testimone, perocchè egli non fa che attestare ciò che il testatore avrebbe attestato colla propria sottoscrizione. Ancora più chiara è su questo punto l'ordinanza notarile, § 7 dei testamenti, alle seguenti parole:

« O, se egli non sappia o non possa scrivere, faccia sottoscrivere il testamento per mano di un altro ottavo testimone in nome suo e per suo incarico ».

Ora, se la legge avesse voluto che l'ottavo testimone, come è qui chiamato espressamente e con piena ragione, sottoscrivesse col nome del testatore, perchè invece di dire *in nome suo e per suo incarico*

(*in seinem Namen und auf sein Begehren*) non avrebbe detto più propriamente *a nome suo* (del testatore), *per suo incarico* (*zu seinen, des Testirers, Namen, auf sein Begehren*)? E la legge avrebbe dovuto spiegarsi chiara su ciò, perocchè è cosa poco naturale che un terzo possa sottoscrivere col mio nome in modo che questa sottoscrizione sia da considerarsi come mia. Un esempio simile non si trova in alcuna legislazione, tranne pel caso di testamento fatto in aperta campagna. Questo argomento già accennato, ma non messo abbastanza in luce dal CAEPZOVIO, è anch'esso di quelli non ancora confutati. In sesto luogo è da notare che, quando il testatore sa scrivere, il nome suo deve sempre stare sotto il testamento, altrimenti questo è nullo per mancanza della sottoscrizione. Ma dov'è scritto che quando il testatore non sappia scrivere debba il nome di lui essere sottoscritto dall'*octavus subscriptor*? L'ottavo testimone non lo nominava già nel sottoscrivere col proprio nome? Come può derivare una nullità del testamento pel fatto che l'*octavus subscriptor* adempie alla prescrizione della legge nel modo che s'è detto? Da tutto ciò deriva che non è certamente indifferente se alcuno scriva il proprio nome o lo faccia scrivere da altri come vorrebbe il GESTERDING. La regola che ciò che alcuno fa per mezzo di altri è come se fosse stato fatto da lui medesimo non trova evidentemente applicazione ai testamenti, dove la sottoscrizione del testatore o dei testimoni deve esser fatta da ciascuno di mano propria. E come potrebbe il testatore dar mandato all'ottavo testimone di compiere lui l'atto che egli testatore dovrebbe compiere, mentre egli appunto non sa scrivere? Qui non si tratta semplicemente di un mandato del testatore, che in tal caso questo avrebbe potuto esser dato a uno qualunque degli altri sette testimoni, qui si tratta di una formalità prescritta dalla legge. Non vi è dunque da meravigliarsi se tanti giureconsulti hanno risposto alla questione qui trattata che l'ottavo testimone deve firmare col proprio nome.

Secondo la prescrizione della L. 21 Cod. *de testamentis* 6, 23, il testatore che sa scrivere deve sottoscrivere di propria mano il testamento in presenza dei sette testimoni da lui invitati e colla dichiarazione che quello sia il suo testamento, e ciò indifferente, tanto se egli abbia scritto il testamento di propria mano quanto se

esso fu scritto da altri, come è letteralmente ripetuto nel citato testo dell'ordinanza notarile. In una legge posteriore però, nella L. 28 § 1 Cod. *de test.* 6, 23, GIUSTINIANO ha limitato quella disposizione nel senso che, quando il testamento sia stato scritto tutto di mano del testatore e ciò sia stato dichiarato espressamente nel testamento stesso, non occorra la sottoscrizione del testatore nè quella di un altro testimone in vece sua. Ecco le parole di questa costituzione:

« Cum autem constitutione, quae de testamentis ordinandis processit, cavetur quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur et subscriptio a testatore fiat, vel ab aliquo pro eo, et constitutio sic edixit, octavo subscriptore adhibito, et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit et post eius litteras testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc dubitabatur an irritum factum esset, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel oodicillum conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposuerit, *quod haec sua manu confecit*, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio, sed sequantur huiusmodi scripturam et litterae testium et omnis, quae exspectatur, observatio; et sic testamentum validum vel oodicillus si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneant, et nemo chalidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur. Dat. VI Kal. April. Constantinopoli, Lampadio et Oreste V. V. C. C. cons. (530) ».

Se invece il testatore non ha scritto egli stesso il testamento, ma l'ha fatto scrivere da altri, oppure l'ha scritto bensì di sua mano, ma di ciò non ha fatto menzione espressa nel testamento stesso, si applicano ancora le disposizioni della L. 21 Cod. *de testamentis* 6, 23, e in ambo i casi deve il testamento essere sottoscritto nel modo prescritto dalla legge dal testatore, o, se al tempo della fazione solenne dell'atto egli ne fosse impedito dalla malattia, da un ottavo testimone in sua vece⁸⁸). Entro questi limiti era giustissima la disposizione del citato testo dell'ordinanza notarile:

⁸⁸) Vedi LOEHR, *Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts* (Brevi

Glück. *Comm. Pandect.* — Lib. XXVIII. — 48

« Il testatore deve firmare il testamento davanti ai sette testimoni espressamente invitati, tanto se l'abbia scritto lui di propria mano quanto se l'abbia fatto scrivere da altri ».

Del caso della L. 28 Cod. *de testam.*, nel quale la sottoscrizione non era necessaria, l'ordinanza nulla dice; da ciò potrebbe nascere il dubbio se anche in questo caso non sia necessaria pel diritto dell'ordinanza la sottoscrizione del testatore o di un ottavo testimone. Ma ancora nessuno ha elevato un tal dubbio e tutti gli scrittori senza eccezione insegnano che in quel caso non occorra la sottoscrizione del testatore ⁸⁹).

Non è invece mai prescritto il suggello del testatore ⁹⁰). Ed è anche sufficiente che questi sottoscriva una volta sola, alla fine o in qualunque punto del testamento ⁹¹), sebbene, ad evitare falsità, soglia farsi sottoscrivere al testatore ogni foglio ⁹²).

Mi resta qui da far cenno di alcune affermazioni un po' arrischiate,

osservazioni sul diritto di successione) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), II, pag. 191. — SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 816.

⁸⁹) STRYKIO, *de cautelis testamentorum*, cap. XV, § 5. — SCHILTER, *Praxis iuris romani*, exerc. 38, § 38. — MANZ, *de testamento valido vel invalido*, tit. 4, q. 1, n. 114. — LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pandectarum*, h. t. § 71. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4, th. 4, pr. — HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, t. II, § 1265. — CLAPROTH, *Von Testamenten* (Dei testamenti), § 26. — PUCHTA, *Handbuch* (Manuale della procedura giudiziaria nelle materie civili non contenziose), II, § 246, pag. 274.

⁹⁰) MANZ, *de testamento valido et invalido*, tit. IV, qu. 1, n. 115, pag. 228. — SCHAUMBURG, *Compendium iuris*, Dig. h. t. § 17. — BOEHMER, *Introductio in ius Digestorum*, t. II, h. t. § 19. — VALETT, *Lehrbuch*, ecc. (Trattato pratico delle Pandette), III, § 967. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 61. Di opinione diversa è il MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 69.

⁹¹) Di opinione diversa è HÜBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. I, cap. 4, pag. 60 seg. Vedi però MAREZOLL, *Bemerkungen über einzelne Fragen aus dem Roemischen Civilrecht* (Osservazioni su alcune questioni di diritto civile romano) nel *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (Magazzino di giurisprudenza e legislazione) di GROLMAN e LÖHR, vol. IV, fasc. 2°, n. 11, § 2 pag. 166 seg.

⁹²) Vedi HOEPFNER, *Commentar, etc.* (Commentario alle Istituzioni di Eneccio), § 446.

che io credo siano da rigettarsi. Il LEYSER⁹³⁾ per esempio sostiene che un testamento non sia nullo, ancor che firmato dal testatore fuori della presenza dei testimoni, purchè egli abbia dichiarato loro che quella era la sua firma; e ciò perchè a lui sembrerebbe duro annullare l'intero testamento per la trascuranza di questa piccola solennità. Egli si fonda sulla L. 15 Cod. *de testam.* 6, 23 ove è detto: « Indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et indicia mortuorum » e conclude che qui si debba, secondo l'espressione di MARCELLO in L. 183 Dig. *de div. reg. iuris* 50, 17, preferire l'equità al rigore della forma. Ma le leggi romane al pari delle tedesche richiedono espressamente che il testatore firmi il testamento davanti ai sette testimoni a ciò chiamati e colla dichiarazione che il presente testamento contiene la sua ultima volontà, nè le leggi romane citate in contrario autorizzano ad ammettere eccezione alcuna. La l. 15 Cod. *de test.* 6, 23 abolisce semplicemente le antiche forme dell'istituzione d'erede⁹⁴⁾, e la L. 183, la quale va collegata colla L. 7 Dig. *de in integrum rest.*, tratta come la prima dal libro terzo dei Digesti di MARCELLO, non fa che esporre la ragione per la quale è concessa la restituzione in intero a quelli che per la loro assenza non abbiano potuto osservare precisamente certe forme processuali e così abbiano perduto il diritto per la loro negligenza⁹⁵⁾. Ambedue queste leggi sono dunque inapplicabili al tema nostro, imperocchè nei testamenti la trascuranza delle forme prescritte dalla legge ha per effetto l'assoluta nullità dell'atto.

Altri poi sostengono⁹⁶⁾ che se il testatore non sappia o non possa scrivere egli possa tuttavia sottoscrivere facendosi guidare la mano,

⁹³⁾ *Meditationes ad Pandectas*, vol. 5, spec. 355, med. 5.

⁹⁴⁾ Vedi WESTPHAL, *Von Testamenten* (Del testamenti), § 227.

⁹⁵⁾ Vedi il § 30 di questo *Commentario*.

⁹⁶⁾ MENCKEN, *Pandectas*, l. t. §§ 13, 44. — BERGER, *Oeconomia iuris*, lib. II, tit. 4, th. 4 e nota 2, pag. 369 ediz. Haubold, e in specie SEMLER, *In wiefern ist die Unterschrift mit geführter Hand mit der eigenhändigen bei Sterbverordnungen von gleicher rechtlichen Wirkung?* (Se la sottoscrizione fatta colla mano guidata equivalga nelle disposizioni di ultima volontà alla sottoscrizione fatta di propria mano) nell'*Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit* (Archivio della giurisprudenza teorica e pratica) di HAGEMANN e GÜNTHER, vol. II, n. 4, pag. 48-72.

collo stesso effetto che se egli avesse sottoscritto di mano propria. Questa opinione è stata accolta in qualche decisione pratica ⁹⁷⁾, ma in teoria è da rigettarsi in modo assoluto ⁹⁸⁾. Essa è infatti contraria alle leggi, le quali prescrivono che il testatore firmi di propria mano, *sua manu*; ora, sottoscrivere colla mano guidata è sottoscrivere colla mano di un altro. In secondo luogo, egli è appunto pel caso in cui il testatore non sa o non può scrivere che le leggi prescrivono l'aggiunta di un ottavo testimone che firmi pel testatore: ora, a che servirebbe questo ottavo testimone se il testatore potesse firmare facendosi guidare la mano? Gli altri argomenti addotti a sostegno dell'opinione qui contraddetta sono così insignificanti da non meritare una confutazione.

Solo è da citare a confutazione di quell'opinione anche il fatto che nell'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I, *dei testamenti*, § 7, è detto espressamente che « il testatore deve firmare il testamento davanti ai testimoni *colla sua sola mano (allein mit eigener Hand)* ». Colla parola *sola (allein)* è dunque escluso ogni aiuto di estranei.

La sottoscrizione del testatore infine non può farsi colle sole iniziali, nè con altri segni indicativi del nome, come per esempio con una croce, il nome del testatore dev'essere scritto per intero in tutte lettere. Se il testatore non sa scrivere deve ricorrere, come la legge gli prescrive, ad un ottavo testimone che firmi per lui ⁹⁹⁾.

⁹⁷⁾ HOMMEL, *Rhapsodia questionum forensium*, vol. VI, obs. 877, pag. 483 seg. — BERGER, loc. cit., pag. 369. — HAUBOLD, ad *Berger*, nota d. — SEMLER, *Diss. cit.*, § 6, pag. 71 seg. — MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 69 nota a.

⁹⁸⁾ Vedi THIRAUT, *System des Pandectenrechts (Pandette)*, II, § 693, nota 2. — SEUFFERT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts (Trattato pratico del diritto delle Pandette)*, III, § 525, nota 2, pag. 119.

⁹⁹⁾ WISENBACH, *Comm. ad L. 28 § 2 Cod. de testamentis*, pag. 552. Di opinione diversa è il WIESEN, *Dissertatio de subscriptione testatoris analphabeti per cruces*, Wirceburgi 1778. Vedi però ROTH, *Dissertatio de subscriptione testatoris per notus*, Wirceburgi 1821 e SEUFFERT, *Pandette*, III, § 525.

§ 1415 b.

Sottoscrizione e sigillo dei testimoni.

Tra le formalità speciali ai testamenti scritti sono infine la sottoscrizione e il suggello dei sette testimoni fatti in presenza del testatore. PAOLO dice espressamente nel libro III delle Sentenze ¹⁰⁰⁾ che i testimoni debbono sottoscrivere di propria mano il testamento:

« Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cuius testamento signaverit ».

Le parole *proprio chirographo* significano semplicemente, come ho già dimostrato altrove ¹⁾, di propria mano. Nei *Basilici* ²⁾ è usata la parola greca *ἰδιοχέρως*, la quale, come giustamente spiega il SALMASIO ³⁾, vale quanto *χρῆσι ἰδίας* = *propria manu*. Anche nell'ordinanza notarile, *dei testamenti*, § 7, è detto espressamente:

« sia firmato di propria mano dai sette testimoni ».

Pertanto i testimoni di un testamento scritto debbono tutti sapere scrivere: coloro che non sanno scrivere sono incapaci di fare da testimoni, perchè nessun testimone può sottoscrivere per un altro ⁴⁾. L'eccezione che nella L. ult. Cod. *de testam.*, 6, 23 si fa pei testamenti fatti in campagna in caso di necessità è una conferma della regola ⁵⁾. Il medesimo PAOLO dice anche che non basta che i testimoni sotto-

¹⁰⁰⁾ L. 30 Dig. h. t.

¹⁾ Vedi il § 1412 b nota 43. Aggiungo alcuni testi che fanno al caso. CICERO, *ad famil.*, II, 13; *ad Atticum*, II, 20; *Philippica*, II, c. 4. — SVETONIO, *Nero*, capo 20. Spesso si trova l'espressione *chirographum alicuius imitare*, imitare la scrittura di alcuno. CICERO, *de natura deorum*, III, c. 30. — SVETONIO, *Augustus*, c. 64 in f. *T. F. Vespasianus*, c. 3 in fine. Vedi FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis v. chirographum*.

²⁾ Lib. XXXV, tit. 1, c. 30.

³⁾ *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. 23, pag. 233; cap. 19, p. 194 e seg.

⁴⁾ BACHOVIO, *ad Treutlerum*, vol. II, disp. 10, th. 5, lit. d, pag. 512. — BARDILI, *Disputatio de subscriptione*, c. 4, n. 28-30.

⁵⁾ MADIHN, *Principia iuris romani de successionibus*, § 69, nota a.

scrivano di propria mano, essi debbono anche nel sottoscrivere dichiarare chi siano e di chi sia il testamento che firmano: *quis et cuius testamentum signaverit*, significa di chi sia il testamento cui essi appongono il suggello, e che essi firmano. Infatti la parola *signare*, come nota il SALMASIO ⁶⁾, ha anche quest'ultimo significato e di ciò è conferma nei *Basilici* ⁷⁾ i quali traducono *signaverit* con *ὑπὶγραφεῖ*, parola esattamente tradotta dal FABROTO *subscripserit*. Parecchi scrittori ⁸⁾ credono che questa sottoscrizione con speciale dichiarazione non sia prescritta *iure legeque* e che quindi non nuoca il fatto che il testimone sottoscriva semplicemente col suo nome. Si nota infatti che PAOLO non dice *debet*, ma *convenit*, e questa parola non esprime una necessità legale, *quae enim negotio tantum conveniunt ad formam eius ad necessariam solemnitatem non pertinent*. Quest'osservazione però è evidentemente erronea, perchè la parola *convenit* quando è usata coll' infinito è una espressione ellittica e deve essere intesa come *convenit rationi iuris o veritati* ⁹⁾, ed allora ha il significato di una vera necessità legale, come prova la costituzione di TEODOSIO II, la L. 21 Cod. *de testamentis*, 6, 23, dove nella conclusione è detto: « Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi *convenit* ». Molti altri esempi di *convenit* in questo senso nelle fonti sono citati anche dal BERSONIO ¹⁰⁾. Si obietta che nè il Codice nè le Istituzioni accennano mai a quella solennità e che quindi non sia il caso di prenderla in considerazione. Ma da ciò non consegue che essa sia stata abolita. E i *Basilici* ¹¹⁾ giustamente pongono la L. 30 Dig. h. t. accanto alla L. 21 Cod. *de testam.*, 6, 23 come due disposizioni ugualmente in vigore.

⁶⁾ Loc. cit., pag. 231 seg. e cap. 24.

⁷⁾ Loc. cit. Aggiungi anche il testo di FESTO, *de verborum significatione*, v. *signare*.

⁸⁾ MANZ, *de testamento valido vel invalido*, tit. 4, q. 1, n. 119-20, pag. 229 seg. e specialmente BOEHMER, *Testamenti signati et subscripti a testibus in involucri vis et auctoritas vindicata*, § 8, *Electorum*, t. I, pag. 50 seg.

⁹⁾ Cfr. specialmente HAENEL, *Commentatio de verborum formulis, quibus iurisconsulti veteres simul et affirmare et affirmandi rationes significare soliti sunt*, Lipsiae 1821, § 3.

¹⁰⁾ *De verborum significatione*, v. *convenire*, n. 4, pag. 266.

¹¹⁾ XXXV, 2, 21, tomo IV, pag. 773-74 ediz. Fabroto.

Che poi nell'antica pratica la L. 30 sia stata riconosciuta come diritto vigente è cosa provata dalle sottoscrizioni dei testimoni sotto i testamenti parte in greco e parte in latino a noi pervenuti dai secoli 4.^o e 6.^o e raccolti dallo SPANGENBERG ¹²⁾. Così per citare un solo esempio, nel testamento greco di Gregorio NAZIANZIENO ¹³⁾ ciascun testimone non solo aggiunge accanto al suo nome chi egli sia, ma lo fa seguire anche da queste parole: παριον τῇ διαθήκῃ τοῦ ἁγιωτάτου ἐπισκόπου Γρηγορίου, καὶ παρακληθεὶς παρ' αὐτοῦ ὑπέγραφα χερὶ ἐμῇ (*interfui testamento reverendissimi episcopi Gregorii et ab eo rogatus subscripsi manu mea*). Simili dichiarazioni speciali dei testimoni si trovano anche nei testamenti latini, per esempio anche in quello fatto dal Goto Mannane nell'anno 572, presso SPANGENBERG ¹⁴⁾, dove ciascun testimone nota accanto al proprio nome: « huic testamento rogatus a Mannane viro devoto, filio quondam Nauderit, ipso praesente et subscribente, atque ei testamentum reliotum, per quod constituit heredem sanctam ecclesiam catholicam Ravennate, testis subscripsi ». Onde anche il DUARENO ¹⁵⁾, il DONELLO ¹⁶⁾, il SALMASIO ¹⁷⁾, lo STRYCKO ¹⁸⁾ ritengono che la legge imponga questa speciale sottoscrizione per parte dei testimoni, che ciascuno di questi cioè debba nel sottoscrivere dichiarare chi egli sia e di chi sia il testamento da lui firmato. Ma, poichè l'ordinanza notarile non ha prescritto ciò esplicitamente, oggi si ritiene sufficiente la semplice firma dei testimoni ¹⁹⁾. Infine i testimoni debbono suggellare il testamento, *signare, obsignare*, cioè, come dice FESTO ²⁰⁾, *annulo signa imprimere* o, come

¹²⁾ *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium superstites*, pag. 71 seg.

¹³⁾ Vedi SPANGENBERG, pag. 79.

¹⁴⁾ Loc. cit., n. 18, pag. 127.

¹⁵⁾ *Comm. in h. tit. Pandectarum cap. de testamento in scriptis*, § tertio, Opera pag. 324.

¹⁶⁾ *Commentarii de iure civili*, VI, 8, 3.

¹⁷⁾ *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. 21.

¹⁸⁾ *De cautelis testamentorum*, cap. 15, § 38.

¹⁹⁾ CLAPROTH, *Abhandlung von Testamenten* (Dissertazione sui testamenti), § 25, pag. 128. — HOEPFNER, *Commentar, ecc.* (Commentario alle Istituzioni di Eineccio), § 447 nota 1. — VALETT, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato pratico delle Pandette), vol. III, § 967. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 60.

²⁰⁾ *De verborum significatione*, h. v. Tuttavia FESTO dice che la parola si-

dice SENECA ²¹⁾, *tabulis testamenti annulum imprimere*. La semplice apposizione del suggello senza la firma non basta; l'una non supplisce l'altra; ond'è che se il testimone abbia firmato e non apposto il suggello o viceversa apposto il suggello ma non la firma, il testamento è nullo del tutto. ULPIANO nel libro XXXIX *ad Edictum* ²²⁾ dice:

« Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset, et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus ».

Nello stesso senso decisero con un rescritto gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO in L. 12 Cod. *de testamentis*, 6, 23:

« Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit testamentum ».

Da questa apposizione del suggello i testimoni hanno anche ricevuto nelle nostre leggi il nome di *signatores* ²³⁾, e FESTO dice che i testimoni eran chiamati *classici testes, qui signandis testamentis adhibebantur*. Lo strumento con cui i testimoni suggellavano il testamento era presso i Romani un anello, che essi portavano nel dito anulare della mano sinistra, detto appunto per ciò dagli antichi *δακτυλῶτης*, *annularis* e da MACROBIO ²⁴⁾ chiamato *medicinalis*. Quest'anello era usualmente d'oro ornato di una gomma sulla quale si vedeva un *character*, cioè qualche cosa di inciso ²⁵⁾, *ut ille digitus annulo tamquam*

gnare significava presso gli antichi anche *scribere*, da ciò *subsignare* e *consignare* per *subscribere* e *conscribere*, come sembra essere stata usata la parola *signare* anche da PAOLO nella L. 30 Dig. h. t.

²¹⁾ Epistola 8, n. 5.

²²⁾ L. 22 § 4 Dig. h. t.

²³⁾ L. 4; L. 6; L. 7 Dig. *testam. quem. aper.*, 29, 5; L. 3 § 5 Dig. *de tabulis exhib.*, 43, 5.

²⁴⁾ *Saturnalia*, VII, 13.

²⁵⁾ Cfr. specialmente KIRCHMANN, *de annulis liber singularis*, Francofurti 1672, cap. 3-5. — LONGI, *Tractatus de annulis signatoriis antiquorum, seu de vario obsignandi ritu*, Lugduni Batavorum 1672, cap. 3-6. — KORNMAN, *Tractatus de annulo triplici, usitato, sponsalizio, signatorio*, Lugduni Batavorum 1762, pars III, pag. 44. — PITISCI, *Lexicon antiquitatum Romanarum*, t. I, v. *annulus*, pag. 100 seg., in specie v. *annulus signatorius*, pag. 105.

corona circumdaretur, dice MACROBIO. Quest'anello si portava non tanto per ornamento quanto piuttosto come sigillo, secondo ne dice A. CAPITONE presso MACROBIO ²⁶⁾. Per ciò era detto *annulus signatorius* ²⁷⁾ e FLAVIO VOPISCO ²⁸⁾ lo chiama anche *sigilaritius*. E si considerava come un simbolo di perseveranza e di fede ²⁹⁾, specialmente nell'apposizione ai testamenti ai quali si attribuiva una certa santità ³⁰⁾. Onde l'imperatore LEONE il Filosofo diceva ³¹⁾: « Signacula subscriptionibus fidem praebent ». Era discusso se per la suggellazione dei testamenti occorresse proprio l'anello o bastasse anche un altro strumento simile. ULPIANO così si esprime in proposito nella L. 22 § 5 Dig. h. t.

« Signum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero et si non annulo verum alio quodam impresso? Varie enim homines signant: et magis est ut tantum annulo quis possint signare, dum tamen habet *χρονὸς-ῥοζ* » ³²⁾.

Però si disputa sulla lezione. Molti ³³⁾ vogliono interpolare un non dopo le parole *ut tantum* e quindi dare al testo il significato che

²⁶⁾ Loc. cit., pag. 677 ediz. Zeune, Lipsia 1774. « Veteres non ornatus, sed signandi causa, annulum secum circumferebant. Unde nec plus habere quam unum licebat, nec cuiquam nisi libero: quos solos fides deceret (meglio discerneret) quae signaculo continetur ». PAOLO pertanto dice nella L. 174 Dig. de verb. sign., 50, 16: « signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur ». Vedi KIRCHMANN, lib. cit., cap. 5. — LONGI, Tract. cit., cap. 3.

²⁷⁾ L. 174 Dig. cit.

²⁸⁾ Divus Aurelianus, cap. 50.

²⁹⁾ KIRCHMANN, De annulis, cap. 18, pag. 121. Anche come simbolo di proprietà o di istituzione in erede; cap. 22, pag. 165 seg. — LONGI, cap. IV, pag. 30.

³⁰⁾ Vedi il § 1402 di questo Commentario.

³¹⁾ Novella 42.

³²⁾ Le parole « id est, formam, isculptamque signis imaginem », le quali si trovano in parecchie edizioni, per es. in quelle del GOTOFREDO, e che il POTHIER accetta nelle sue *Pandectae Iustin.*, h. t. n. 32, non si trovano invece nella Fiorentina, e neppure nell'ALOANDRO, come per isvista è detto nell'edizione di Gottinga.

³³⁾ F. HOTOMANUS, *Observationes*, lib. I, cap. 20 (21). — DONELLO, *Comm. de iure civili*, lib. VI, cap. 8, § 4, vol. III, pag. 524 ediz. ultima di Norimberga. — LYKLAMA a NYHOLT, *Membranae*, vol. V, lib. II, ecloga 5, vol. II.

si possa per apporre il suggello a un testamento servirsi anche di altro strumento purchè in esso sia incisa una figura distintiva come in un anello. Altri ³⁴⁾ al contrario non ritengono necessaria questa correzione e stanno alla lezione sopra riferita, secondo la quale un testimone non può sigillare il testamento con altro istrumento che con l'anello. Ambedue le opinioni hanno per sè delle ragioni. Per la prima vale l'osservazione che la premessa non concorda colla frase che segue se non s'interpola il *non*, perocchè quest'ultima frase contiene una limitazione ad un principio generale che si suppone preceda. Per la seconda opinione invece sta il fatto che presso i Romani non tutti gli anelli fossero anche dei sigilli; vi erano anche anelli che non contenevano alcuna iscrizione od incisione ³⁵⁾.

E vi erano *annuli* di specie diverse ³⁶⁾ fra cui quelli *praeter signatorios*, come dice ULPIANO, libro XIV *ad Sabinum* ³⁷⁾, i quali servivano solo di ornamento. Vi erano d'altro canto anche sigilli non fatti in forma d'anello, ma che tuttavia avevano un segno, una figura anch'essi e che si chiamavano *signacula* ³⁸⁾: ULPIANO vi accenna colle parole *varie enim homines signant*. Essi servivano anche per segnare

lib. 7, ecl. 34, pag. 373 seg. — SALMASIO, *de modo usurarum*, cap. 11, p. 456 seg. Lugduni Batavorum 1639. — VINNIO, *Comm. ad § 5 I. de test. ord.*, n. 3. — WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 213. — BUECHER, *System der Pandecten* (Sistema delle Pandette), § 328, nota 3.

³⁴⁾ CUIACIO, *Observationes*, XIV, 11 in fine. — DUARENO, *Comm. ad h. t. Pand. cap. de testamenti in scriptis*, § quarto (Opera, pag. 324). — CONNANO, *Commentarii iuris civilis*, lib. IX, cap. 2. — PANCIROLI, *Thesaurus variarum lectionum*, lib. I, cap. 14 in *Iurisprudentia romana et attica*, t. II, pag. 943. — CHARONDAS, *Verisimilia*, lib. II, cap. 10 nel *Thesaurus iuris romani* di OTTONE, t. I, pag. 754. — CANNEGIETER, *Observationes iuris romani*, lib. I, cap. 13, pag. 89 seg. — HEINECCIUS, *Additamenta ad Vinnium*, loc. cit. — HUBERO, *Praelectiones ad Inst., tit. de testamentis*, § 12. — JAUCH, *de negationibus Pandect. Florentin.*, cap. 14, n. 10, pag. 207. — WALCH, *ad Hoppii Comm. ad Institutiones*, pag. 3, § 3, nota a.

³⁵⁾ PLINIO, *Naturalis Historia*, XXXIII, cap. 1. — KIRCHMANN, lib. cit., cap. 3, pag. 10.

³⁶⁾ Vedi KIRCHMANN, loc. cit., pag. 9 seg.

³⁷⁾ L. 25 § 10 Dig. *de auro, argento legato*, 34, 2. Vedi GAUDENZIO, *Expositiones iuridicae*, lib. II, cap. 44 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 392.

³⁸⁾ Vedi SALMASIO, *de subscribendis et signandis testamentis*, cap. 19, pagina 189.

le suppellettili di casa, il bestiame, ecc.³⁹⁾. Ma, poichè il sigillo contenuto nell'anello, che si portava al dito, si custodiva con maggior cura⁴⁰⁾, e i *signatores* che erano in generale amici del testatore⁴¹⁾ conoscevano il solito sigillo contenuto nel loro anello e così potevano più facilmente riconoscerli, si trae anche da ciò argomento per credere che la legge richiedesse appunto l'anello per l'apposizione del suggello ad un testamento⁴²⁾. Ma si può facilmente rispondere che alla legge interessa solo *ut signatum sit testamentum septem testium signis*⁴³⁾. Il pretore stesso non richiedeva altro che *signa* e all'apertura del testamento occorreva solo che i testimoni riconoscessero il loro sigillo; qual fosse l'istrumento col quale questo era stato apposto nulla importava. Infatti dal suggello non si riconosce se esso sia stato impresso con un anello o con altro strumento che porti al par di quello incisa una figura: e non è, del resto, l'*annulus* che apparterrebbe in ogni caso alla solennità del testamento, bensì il *signum annuli*⁴⁴⁾. Pareochi altri argomenti, non meno di quindici, sono addotti a sostegno di quest'opinione dal LYKLAMA⁴⁵⁾. La disputa è inutile. Il testimone adopera il suo sigillo ordinario e con quello suggella; se non ne ha uno proprio può suggellare anche col sigillo di un altro⁴⁶⁾; anche il testatore può prestare il proprio sigillo al testimone e il testamento resta tuttavia valido⁴⁷⁾; e il te-

³⁹⁾ KIRCHMANN, cap. 10. — LONGI, *de annulis*, cap. 11.

⁴⁰⁾ KIRCHMANN, cap. 14. — LONGI, cap. 4.

⁴¹⁾ LONGI, cap. 10, pag. 98. — KIRCHMANN, cap. 5, pag. 22.

⁴²⁾ DUARENO, loc. cit. — KORMANN, *de annulo triplici*, pars III, n. 7, pagina 50.

⁴³⁾ L. 23 Dig. h. t.

⁴⁴⁾ Il SALMASIO, *de modo usurarum*, cap. 11, pag. 457, dice: « Non enim annuli forma est, quae signum imprimit, sed gemma, quae insignita est aliqua imagine vel characterē ». Della differenza fra *annulus* e *signum* tratta lo stesso SALMASIO, *de subscriben-
lis et signandis testamentis*, cap. 17, pag. 161 e seg.

⁴⁵⁾ *Membranae*, lib. 7 ecl. 34, pag. 373 seg.

⁴⁶⁾ L. 12 Cod. *de testamentis*, 6, 23. — PLINIO, *Naturalis historia*, XXXIII, 1, dice molto giustamente dei suoi tempi: « Nullos omnino annulos maior pars gentium hominumque, etiam qui sub imperio nostro degunt, hodieque habent ».

⁴⁷⁾ L. 22 § 2 Dig. h. t. « ULPIANUS, libro XXXIX *ad Edictum*. Si ab ipso testatore annulum accepero et signavero, testamentum valet quasi alieno signaverim ».

stimone in fine può suggellare col sigillo di un altro testimone senza necessità di dichiarare che il sigillo non era suo ⁴⁸⁾; anzi tutti possono suggellare con un sigillo solo ⁴⁹⁾. Giustamente pertanto dice lo SCHULTING ⁵⁰⁾ che nel testamento scritto è più importante la *fides subscriptionis* che la *obsignatio testamenti*, benchè Ateio CAPITONE presso MACROBIO ⁵¹⁾ dicesse: *fides signaculo continetur*. L'ordinanza notarile dice al tit. I, *dei testamenti*, § 7:

« Il testamento dev'essere sottoscritto di propria mano dai testimoni e segnato coi loro ordinari sigilli ».

e al § 10:

« uno o più di essi possono, qualora non abbiano sigillo proprio, servirsi di uno o più sigilli di altri ».

Nei testamenti scritti su tavolette cerate il sigillo dei testimoni si apponeva una volta presso i Romani a tergo. Un testamento constava di solito di parecchie di simili tavolette legate fra loro a formare un *codex*, di guisa che il *codex testamenti* fosse un *contextus plurium tabularum vel cerarum* ⁵²⁾. Queste *tabulae* prendevano nomi diversi nelle diverse parti, onde *prima cera* ⁵³⁾ per *prima tabula*, *ima*

⁴⁸⁾ VINNIO, *Comm. ad § 5 I. de test. ord.*, n. 1.

⁴⁹⁾ § 5 *I. de test. ord.*, 2, 10. « Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod POMPONIO visum est? Sed et alieno quoque annulo licet signare ». Invece di Pomponio alcune edizioni (ALOANDRO, BAUDOZA, RUSSARD, VINNIO) leggono Papiniano, ma erroneamente. TEOFILO ha Pomponio.

⁵⁰⁾ *Ad Pauli Sent. Rec.*, IV, 6, 1 nota 5, nella *Iurisprudentia anteiustinianaea*, pag. 401.

⁵¹⁾ *Saturnalia*, VII, 13.

⁵²⁾ L. 1 § 6 *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. — VARRONE presso NONIO MARCELLO, *de proprietate sermonum*, pag. 560 (Antverp. 1565) dice: « Antiqui plures tabulas coniunctas codices dicebant », e SENECA, *de brevitate vitae*, cap. 13: « Plures tabularum contextus caudex apud antiquos vocabatur ». Vedi OISELIUS, *ad Gai Inst.*, II, tit. 4, § 2, nota 15, in SCHULTING, *Iurisprud. anteiust.*, pag. 112. — GRUPEN, *de forma testamentorum iudicialium et privatorum in scriptis*, § 8, *adiectis eius observationibus de forma conficiendi acta apud Romanos*, obs. 2, pag. 159 seg.

⁵³⁾ ORAZIO, *Sermones*, II, 5 e 53. — SVETONIO, *Nero*, cap. 17.

cera ⁵⁴⁾, *ima pars testamenti* ⁵⁵⁾, *extrema cera codicis* ⁵⁶⁾ per *ultima tabula* o *ultima pars tabularum*. GAIO ⁵⁷⁾ distingue *priores* e *inferiores tabulae testamenti*. Queste ultime contenevano di solito la sostituzione pupillare ed erano per ciò, come dice GAIO, suggellate *propria cera* ⁵⁸⁾; tuttavia non solo la sostituzione pupillare, ma la sostituzione in genere e quindi anche la volgare solea ordinarsi nelle *secundae tabulae* o, per dirla con MARCELLO ⁵⁹⁾, *in novissima parte testamenti*. Queste *tabulae testamenti* sovrapposte una all'altra si legavano con filo, e questo filo (*linum*) si avvolgeva di solito tre e anche quattro volte intorno alle tavole in modo che se anche una o due delle legature si rompevano o erano rose dai topi e le *tabulae* restavano così con una legatura sola, si potevano tuttavia considerare *tabulae signatae* ⁶⁰⁾. Il filo era poi ricoperto ai capi della legatura con cera e su questa i testimoni imprimevano il loro suggello. Il nome del testatore stava già col nome dell'erede nella prima tavola ⁶¹⁾. Così dovevano esser suggellate

⁵⁴⁾ SVETONIO, *Iulius Caesar*, cap. 83.

⁵⁵⁾ L. 34 § 1 Dig. *de usu et usufructu legato*, 33, 2.

⁵⁶⁾ CICERO, in *Verrem*, I, c. 36.

⁵⁷⁾ II, 181.

⁵⁸⁾ OISELIUS, loc. cit., nota 16 in SCHULTING, *Iurispr. anteiust.*, pag. 112.

⁵⁹⁾ L. ult. Dig. *de fideicomm. lib.* 40. 5. Vedi anche L. 12 Dig. *de vulg. et pup. subst.*, 28, 6 e SALMASIO, *de modo usurarum*, cap. 11, pag. 465-68.

⁶⁰⁾ L. 1 § 1 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. « Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ, vel casu, et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponis vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est signatas tabulas eius exstare, quamvis vel incisa vel rosa sit *pars uni* ».

Molto probabilmente qui deve correggersi coll'ALOANDRO *pars lini*. Così leggono in fatto anche BAUDOZA, MERLINO e MIREO e vi consente pure il MARCKART, *Interpretationum receptarum iuris civilis lectiones*. Il sempre benemerito HAUBOLD, *specimen de militum honesta missione*, cap. 2 § 2 negli *Opuscula*, vol. II, pag. 822, preferisce la lezione *unius, cil. lini*, e per questa opinione si potrebbe dire che *uni* sta qui per *unius*, così come *alii* invece di *alius* nella L. 156 § 2 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17. Vedi DUCKER, *Opusculum de latinitate iurisconsultorum veterum*, pag. 369. Lo STUBER però nella sua prefazione al vol. II degli *Opusculi* dell'HAUBOLD, pag. 82, ha dimostrato che la lezione *pars unius lini* non dà un senso plausibile.

⁶¹⁾ PORFIRIO al testo di ORAZIO, *Sermones*, lib. II, ecl. 5, n. 53 e 56 « quid prima secundo cera velit versu » fa la seguente osservazione: « Bene hoc et iuxta ordinem, quia prius testatoris nomen deinde heredis ». Cfr. anche SVETONIO, *Nero*, cap. 17 e SALMASIO, *de modo usurarum*, cap. 11, pag. 458 e seg.

proprio le tavole stesse ⁶²⁾. Ma, poichè col semplice legare le tavole testamentarie con un filo o col suggellamento di esse sulla cera i testamenti non erano sicuri dalle falsificazioni, come ci prova l'esempio raccontato da CICERONE ⁶³⁾ di un certo Oppinico, e d'altra parte le falsificazioni poteano aver luogo anche su tavole di contratti ⁶⁴⁾, ad evitare le falsificazioni in ogni specie di tavole fu sotto l'imperatore NERONE emanato un senatusconsulto, che comunemente si chiama appunto Neroniano, col quale fu introdotta una nuova forma di suggellamento consistente in ciò, che le *tabulae* doveano esser forate nel mezzo del margine esterno e legate con un triplice cordone passato attraverso questo foro e poi suggellate così dai testimoni sul lato esterno, altrimenti non erano valide. SVETONIO ⁶⁵⁾ parla di questo senatusconsulto dal punto di vista puramente storico quando nella biografia di NERONE racconta: « Adversus falsarios tunc primum ⁶⁶⁾ repertum ne tabulae, nisi pertusae, ac ter lino per foramina traiecto, obsignarentur ». Giulio PAOLO ⁶⁷⁾ però ci ha conservato il contenuto completo del senatusconsulto Neroniano:

« Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent ⁶⁸⁾, adhibitibus testibus ita signari ut

⁶²⁾ BOEHMER, *Dissertatio de testamenti signati et subscripti a testibus in ino-
lucro vi et auctoritate*, § 9 negli *Electa iuris civilis*, t. I, p. 32.

⁶³⁾ *Pro Cluentio*, cap. 14.

⁶⁴⁾ HESYCHIUS diceva già: οὐδὲν εἰ τις ἄλλα τὸ μὴ οὐχὶ τὸν ῥύπον ἀνασπάσαι.
« Nihil tam bene obsignatum esse, quin cera avelli queat ac resignari ». Vedi SALMASIO, loc cit., pag. 452.

⁶⁵⁾ *Nero*, cap. 17.

⁶⁶⁾ In origine questo modo di suggellare era in uso solo nei testamenti dei soldati, quando la *missio militum* era *honest*a, come provano gli esempi in HAUBOLD, *Specimen iuris romani testimoniis de militum honesta missione, quae in tabulis aeneis supersunt, illustrati*, vol. II degli *Opuscula*, pag. 852 seg., il più antico dei quali è dell'imperatore CLAUDIO. L'HAUBOLD, *Spec. cit.*, cap. II, § 1, pag. 823 seg., ha poi dimostrato anche che il modo di chiudere e suggellare usato in questi testamenti dei soldati era del tutto uguale a quello prescritto nel Senatusconsulto Neroniano. Probabilmente dunque ciò che prima era stato introdotto dall'uso fu ridotto dal Senatusconsulto Neroniano a prescrizione generale pel suggellamento di ogni specie di *tabulae*.

⁶⁷⁾ *Sent. Receptae*, V, 25, 6.

⁶⁸⁾ Il SALMASIO, *de modo usurarum*, pag. 395 seg., ha mostrato essere co-

in summa marginis ⁶⁹⁾ ad mediam parte perforatae triplici lino constringantur, atque impositum ⁷⁰⁾ supra linum cerae signa impri-

stume dei Romani, come dei Greci, di far sottoscrivere da testimoni i documenti di contratto conclusi (*syngraphae*) e di depositarli poi presso amici comuni fin che occorresse di farne uso per una eventuale lite fra le parti. Ma è dubbio se nelle parole *tabulae, quae publici vel privati contractus scripturam continent*, siano comprese anche le *tabulae testamenti*. Il SALMASIO, lib. cit., cap. 11, pag. 469, sostiene l'affermativa, dicendo che i testamenti sono compresi fra i *contractus iuris publici*. Egli però non crede possa portarsi come ragione di ciò il fatto che PAPINIANO dica essere la *testamenti factio, iuris publici*, perocchè da ciò non deriva che, quando colui che ha la *testamenti factio* faccia testamento, questo sia da ritenersi atto pubblico, e neppure gli sembra una prova l'affermazione della L. 2 Dig. *test quemadm. aper.* « tabularum testamenti instrumentum..... publicum est instrumentum », perocchè questa significa soltanto che il testamento non è un *instrumentum unius hominis*, cioè del solo erede, ma *universorum quibus quid illic adscriptum est*, in questo senso allora ogni contratto fatto tra più di due persone sarebbe un *contractus publicus*: e dal canto suo poi egli dimentica di portare un'altra ragione. Lo SCHULTING poi obietta al SALMASIO che le parole citate dal senatusconsulto non si adattano ai testamenti (*Iurisprudentia anteiustinianaea*, pag. 517 nota 44), perocchè la L. 20 Dig. *de verb. sign.* 50, 16 insegna che i testamenti non possono esser compresi fra i *contractus*; tuttavia egli ritiene che il senatusconsulto si applicasse anche ai testamenti, perchè SVETONIO parla di *tabulae* in generale. E a me pare che le parole seguenti non lascino alcun dubbio in proposito: « Cautum ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur ». Forse, segue lo SCHULTING, ciò fu detto altrove anche da PAOLO, ma il testo di lui non ci è pervenuto. Ma non potrebbe anche dirsi che il senatusconsulto comprendesse i testamenti nelle stesse parole sopra citate, posto che una delle forme principali dei testamenti romani, quella *per aes et libram*, era appunto una forma contrattuale; e così i testamenti aveano in molti riguardi analogia coi contratti? Vedi PÜTTMANN, *Probabilia iuris civilis*, lib. II, capo 2. — SCHRADER, *Vom Ursprunge der Vertragsform (per aes et libram) bey den Testamenten der Römer* (Origine della forma contrattuale (*per aes et libram*) nei testamenti romani) nel *Civilistisches Magazin* (Magazzino civile) dell'HUGO, vol. 5, pag. 152 seg.

⁶⁹⁾ Invece di *marginis* il SALMASIO (pag. 454) legge *summa margine*.

⁷⁰⁾ *Impositum* è evidentemente una lezione falsa, perchè *impositum supra linum* non ha senso. Si dice invece: « cera lino imponitur, huicque cerae signa imprimantur »; perciò il SALMASIO legge: *impositae supra linum cerae*. Questa lezione più corretta, accolta anche dallo SCHULTING, pag. 517, nota 50, merita la preferenza. Cfr. OISELIUS, *ad Gai Inst. epitome*, II, 4, 2 in SCHULTING, *Iurispr. anteiust.*, pag. 112 nota 16.

mantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servant ⁷¹⁾. *Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent* ».

In seguito, probabilmente per l'interpretazione dei giureconsulti e per la pratica giudiziaria, si ammise che se le tavole testamentarie fossero involte in tela e i testimoni avessero apposti i suggelli sull'involucro, questo modo di suggellare fosse valido al pari di quello colla legatura prescritta dal senatusconsulto Neroniano. In questo senso è da intendersi ULPIANO nella L. 22 § ult. Dig. h. t.

« *Signatas tabulas accipi oportet et si linteo, quo tabulae involutae sunt, signa impressa fuerint* ».

Per le *tabulae* senza involucro però rimase sempre in vigore il senatusconsulto Neroniano ⁷²⁾. Data questa forma di suggellamento il testamento non poteva validamente essere aperto se i testimoni non avessero prima riconosciuto i loro sigilli. Così ULPIANO nella L. 4 Dig. *test. quem. aper.*, 29, 1 dice:

« *Cum ab initio aperiendae sunt tabulae, praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere* ».

E PAOLO ⁷³⁾ insegna:

« *Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur* ».

Se pertanto questo involucro su cui stavano i suggelli dei testimoni fosse strappato o il filo, con cui eran legate le *tabulae*, rotto, e ciò non fosse opera di altri, ma del testatore stesso, le *tabulae* non

⁷¹⁾ Il SALMASIO legge invece di *exteriores scripturae*, *exterior cera*, perchè sul lato esterno era impresso il sigillo ma non scritto il nome dei testimoni. Concorda con lui lo SCHULTING, loc. cit. nota 51, ma egli preferisce il plurale *exteriores cerae*, colle quali intende i sigilli dei testimoni. Invece è di opinione contraria l'HAUBOLD, *Specimen* cit., cap. II, § 2, pagina 831 segg., il quale vuol conservare la comune lezione *exteriores scripturae*, per la ragione che il lato esteriore della *tabulae* portava secondo lui non solo il sigillo, ma anche il nome dei testimoni. Su ciò torneremo in seguito.

⁷²⁾ Vedi GRUPEN, *Observatio II de forma testamentorum*, § 6 in fine, pagina 140.

⁷³⁾ *Sententiae receptae*, IV, 6, 1.

si poteano più considerare *signatas* nè potea più, come dice ULPIANO ⁷⁴⁾, ottenersi la *bonorum possessio*. Fin che dunque i testamenti si scrivevano dai Romani su *tabulas ceratas* i testimoni apponevano i loro suggelli sulla parte esterna di esse o sull'involucro, e di ciò si trovavano ancora tracce nelle collezioni Giustinianee ⁷⁵⁾. Ma, poichè i testimoni non tutti avevano un sigillo proprio, ma spesso un testimone si serviva del sigillo di un altro testimone o anche di quello del testatore, e persino tutti i testimoni potevano servirsi di un solo sigillo, era naturale che essi dovessero scrivere il loro nome accanto al sigillo, colla dichiarazione di chi fosse il testamento cui essi aveano apposto il sigillo.

Ciò è pienamente logico, perocchè altrimenti, se i testimoni avessero firmato solo entro il testamento, prima dell'apertura di questo non sarebbe stato possibile sapere chi fossero i testimoni nè quindi invitarli alla ricognizione dei loro sigilli. Ora questa ricognizione doveva avvenire appunto prima dell'apertura. Così si spiega molto facilmente l'affermazione di ULPIANO ⁷⁶⁾:

« Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset »;
e l'altra di PAOLO ⁷⁷⁾:

« Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cuius testamentum signaverit ».

E a che del resto avrebbero servito i soli suggelli? come avrebbe potuto sapersi a chi appartenesse ciascuno se i nomi non fossero stati scritti accanto ad essi? A ciò si riferiscono anche le parole del senatusconsulto Neroniano « *ut exteriores scripturae fidem interiori facerent* » ⁷⁸⁾. Ma non doveva anche il testamento stesso essere firmato dai testimoni? Sembra di sì, per le seguenti ragioni. In primo luogo SVETONIO dice che nel senatusconsulto era stato ordinato « *ut*

⁷⁴⁾ L. 1 § 10 Dig. de bon. poss. sec. tab., 37, 11.

⁷⁵⁾ § 3 I. de pup. subst., 2, 16; L. 30 Cod. de test., 6, 23.

⁷⁶⁾ L. 22 § 4 Dig. h. t.

⁷⁷⁾ L. 30 Dig. eodem.

⁷⁸⁾ Vedi specialmente HAUBOLD, *Spec. cit.*, cap. II, § 2, pag. 826 seg., pagina 831.

in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae ⁷⁹⁾ *signaturis estenderentur* ». A quale scopo avrebbero dovuto presentarsi ai testimoni queste *cerae* nelle quali era scritto solo il nome del testatore, se non perchè essi pure vi apponessero il proprio? imperocchè è certo che il suggello doveva essere apposto solo sul lato esteriore. E alla necessità della firma si riferisce la parola *signaturis*, la quale indica, come han già osservato il SALMASIO ⁸⁰⁾, lo SCHULTING ⁸¹⁾ e il GRUPEN ⁸²⁾, un atto futuro prossimo. Del resto è noto che *adscribere*, *subscribere* e *subsignare* sono parole tutte dello stesso significato ⁸³⁾. Ma è inutile citare altri argomenti dopo che l'abate Gaetano MARINI ⁸⁴⁾ ci ha fatto conoscere un frammento di un testamento originale dell'anno 572 fatto da un Goto, certo Manane, nella forma ordinaria solenne davanti a sette testimoni, nel quale appunto sono alla fine le firme dei testimoni. Da questo documento appare in primo luogo che i testamenti non erano presso i Romani suggellati in calce, come secondo le consuetudini nostre, ma piuttosto di fuori; in secondo luogo che non solo si trova la firma (*scriptio*)

⁷⁹⁾ *Vacuae*, cioè sulle quali non è scritto. L. 11 Dig. *de iniusto, rupto, irrito testam.*, 23, *Plenae cerae*, tavole scritte. PLINIO, *Epistolae*, I, 6.

⁸⁰⁾ *De modo usurarum*, cap. 11, pag. 458.

⁸¹⁾ *Iurisprudentia vetus anteiustinianaea*, pag. 401, nota 5, pag. 517, nota 51.

⁸²⁾ *Observatio II de forma testamentorum*, § 7, pag. 142, 145. Il GRUPEN prende *signaverit* per un soggiuntivo futuro terza persona, ciò che non è infrequente presso i classici romani; egli dà il significato che il testimone segnerà, non che abbia già segnato, vale a dire che il sigillo si faccia dopo la firma, a tergo del testamento; ma nella pratica poi avviene tutti i giorni che si scriva di aver già fatto una cosa che si sta appunto per fare. Nello stesso modo intende la parola *signaverit* anche lo SCHULTING, *Iurispr. ant.*, pag. 344, nota 48.

⁸³⁾ L. 39 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16. PAULUS: « Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est, nam veteres subsignationis verbum pro adscriptione uti solebant ». Vedi SALMASIO, *de subscribendis et signandis testamentis*, cap. 21, pag. 220.

⁸⁴⁾ Lo SPANGENBERG ha accolto questo documento nelle sue *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium*, n. 18, pag. 121 dai *Papiri diplomatici* del MARINI e lo ha poi illustrato con molte dotte note nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. 5, pag. 145 sotto il titolo: *Beitrag zu der Lehre von Testamenten* (Contributo alla teoria dei testamenti).

di tutti i testimoni sotto il testamento stesso colla menzione della loro qualità, ma che inoltre ogni testimone firmava anche a tergo accanto al sigillo da lui apposto. Da ciò si è voluto dedurre con sicurezza che secondo il diritto nuovo sia necessaria una doppia firma dei testimoni, cioè una *subscriptio* in fine del testamento e una *superscriptio* a tergo di esso. Le Pandette si riferirebbero solo all'ultima, perocchè l'*adscribere nomen suum* di ULPIANO ⁸⁵⁾ e il *proprio chirographo adnotare quis et cuius testamentum signaverit* di PAOLO ⁸⁶⁾ indicherebbero solo la iscrizione del nome accanto al sigillo, cioè la *superscriptio*, fatta anche nel testamento di Manane come PAOLO prescriveva collo scrivere ogni testimone il nome proprio e quello del testatore accanto al sigillo. Secondo gli scrittori che difendono questa opinione la parola *signaverit* si adatterebbe poi pienamente a questa *superscriptio* per ciò che si riferirebbe a un atto passato, mentre non si adatterebbe alla *subscriptio* la quale è possibile soltanto prima dell'apposizione dei suggelli. La *subscriptio* invece, sempre secondo i medesimi scrittori, sembra essere stata introdotta da una costituzione di TEODOSIO II ⁸⁷⁾, il che spiega perchè GIUSTINIANO faccia derivare questa dalle costituzioni ⁸⁸⁾ e non faccia invece menzione speciale della *superscriptio* già nominata però nelle Pandette. L'esattezza di tutte queste cose è provata infine da due protocolli di apertura di due testamenti privati ricevuti in Ravenna, dove fu fatto anche il testamento di Manane, negli anni 521 e 552 ⁸⁹⁾. Da questi appare che anche in quei testamenti la *subscriptio* e la *superscriptio* esistevano ambedue ed erano considerate forme essenziali dell'atto. Egli è al dottissimo giureconsulto dei tempi nostri, al SAVIGNY, la cui benemerenza verso gli studii storici del diritto romano è imperitura, che spetta la lode di avere per primo spiegato i testi delle

⁸⁵⁾ L. 22 § 4 Dig. h. t.

⁸⁶⁾ L. 30 Dig. h. t.

⁸⁷⁾ L. 21 Cod. *de testam.*, 6, 23.

⁸⁸⁾ § 3 I. *de test. ord.*, 2, 10.

⁸⁹⁾ Questi protocolli ci sono stati fatti conoscere per primo da Gaetano MARINI, *I papiri diplomatici*, n. 74-75, pag. 110-15, e sono stati poi accolti ed arricchiti di note dallo SPANGENBERG nelle citate *Tabulae negotiorum solennium*, pag. 90-108, n. 14.

Pandette sopra citati nel modo da me qui esposto, servendosi del frammento di testamento gotico e dei due protocolli di apertura pubblicati dal MARINI ⁹⁰). Questa nuova opinione, che cioè il testamento privato scritto non solo dovesse essere sottoscritto (*subscriptio*) dal testatore e dai testimoni, ma anche firmato da questi accanto ai sigilli (*superscriptio*), doveva per la sua stessa originalità trovar credito e pel nome del suo autore nessuno dovea esitare a seguirla. Ond'è che la seguirono l'HAUBOLD ⁹¹), lo SCHWEPPE ⁹²), lo SPANGENBERG ⁹³) e, come rispondente al meno allo stato dell'antico diritto, il MACKELDEY ⁹⁴). Contro di essa invece ha elevato le seguenti obiezioni il LOEHR ⁹⁵:

1.° Dalla esistenza di una *subscriptio* dei testimoni e da una *superscriptio* degli stessi a tergo del testamento, ambedue concorrenti nel testamento di Manane, non segue che ambedue siano sempre necessarie; e se poi anche i due protocolli di apertura fossero del tutto genuini, ne seguirebbe che in Ravenna furon fatti altri due testamenti contenenti una *subscriptio* e una *superscriptio*, ma nè da questi nè dal testamento di Manane potrebbe argomentarsi la neces-

⁹⁰) Vedi SAVIGNY, *Geschichte des Roemischen Rechts im Mittelalter* (Storia del diritto romano nel medio evo), vol. II, cap. 12, pag. 182-86, *Erklärung einer Urkunde*, ecc. (Interpretazione di un documento del VI secolo, con ristampa del testo del medesimo) nelle *Abhandlungen* (Dissertazioni) da lui lette all'Accademia di Berlino negli anni 1814-1815, Berlino 1817 pag. 27-44 e nelle *Dissertationen della classe storico-filologica dell'Accademia reale prussiana di scienze*, Anni 1814-15, Berlino 1818, pag. 67-84.

⁹¹) *Specimen iuris romani testimoniis de militum honesta missione, quae in tabulis aeneis supersunt illustrati*, § 2. *Opuscula Academica*, II, pag. 825-32.

⁹²) *Roemisches Privatrecht* (Diritto privato romano), § 816, pag. 685 della 3.^a edizione.

⁹³) *Beitrag zur Lehre*, ecc. (Contributo alla teoria dei testamenti) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, n. 5, pag. 144-76. I documenti si trovano stampati e illustrati con note ivi a pagine 145-150, 163-70. Vedi pure dello stesso *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium*, n. 14, pag. 90-107; n. 18, pag. 121-130.

⁹⁴) *Lehrbuch des heutigen Roemischen Rechts* (Trattato del diritto romano attuale), § 641, nota d, pag. 468 dell'8.^a ediz.

⁹⁵) *Bedarf es bei uns, etc.* (Se siano necessarie per noi alla validità di un testamento solenne la *subscriptio* e la *superscriptio*) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. 6, n. 16, pag. 328-41.

sità di quelle due diverse firme secondo il diritto romano comune, bensì solo che quelle fossero in uso a Ravenna.

2.° I testi delle Pandette vogliono dire soltanto che devono esservi firme e sigilli dei testimoni e che dall'*adnotatio* deve risultare chi ha suggellato e di chi fu il testamento. Non dicono invece i testi se questo suggello deve farsi sotto la scrittura o sulla parte esteriore del documento, nè parlano affatto della necessità di una *superscriptio*, la quale pure avrebbe dovuto designarsi in modo più chiaro, se fosse stata veramente una forma del testamento privato scritto necessaria oltre la *subscriptio*.

3.° È decisivo per l'opinione antica il fatto che nella costituzione di TEODOSIO II ⁹⁶⁾, la quale contiene una descrizione precisa delle forme da osservarsi nei testamenti privati solenni, non si trovi traccia di questa necessità che il testamento sia prima sottoscritto e poi soprascritto dai testimoni. Anzi quella costituzione prova il contrario; perocchè secondo essa il testatore può presentare ai testimoni, perchè lo suggellino e lo firmino, il suo testamento legato, suggellato o chiuso in busta, solo che dichiarare in loro presenza che quello è il suo testamento e lo firmi di propria mano in loro presenza, dopo di che i testimoni firmano e suggellano. Ora, poichè ciò è concesso al testatore affinchè i testimoni non conoscano il contenuto del testamento, è chiaro che un tal documento chiuso non può essere sottoscritto bensì solo soprascritto dai testimoni, la sola *superscriptio* dunque basta. Con questa *superscriptio* e coll'apposizione dei suggelli la solennità dell'atto del testamento è completa. Come poi il diritto romano ritiene sufficienti queste *subscriptio* e *signatio testium* e dichiara valido il testamento se ambedue concorrano, nullo invece se manchi una delle due, lo stesso ammette anche l'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I. Secondo le parole espresse del § 7 tit. *dei testamenti*, le quali sono evidentemente una versione quasi letterale della costituzione dell'imperatore TEODOSIO II, il testatore, che non voglia far conoscere le proprie ultime volontà mentre è ancora in vita, deve presentarle in uno scritto chiuso per la firma e l'apposi-

⁹⁶⁾ L. 21 Cod. *de testamentis*, 6, 23.

zione del suggello ai testimoni, dichiarando espressamente che quello da lui esibito è il suo testamento, e poi firmarlo di propria mano davanti ai testimoni stessi, e in fine farlo firmare da tutti i sette testimoni, ciascuno di propria mano, e farvi apporre da ciascuno il proprio sigillo ordinario. Neppure qui dunque si trova la più lontana traccia della necessità di una *subscriptio* o di una *superscriptio* come cose diverse: l'insieme del testo fa credere piuttosto il contrario.

Queste ragioni, che del resto sono decisive, hanno persuaso la maggior parte degli scrittori moderni a seguire nei loro trattati l'opinione antica ⁹⁷⁾, e questa è accolta anche senza discussione nell'odierna pratica giudiziaria. Il GUYET ⁹⁸⁾ concorda pienamente nell'argomentazione piena di spirito e soprattutto persuasiva del LOEHR, ma crede di poter dimostrare in modo diverso che i testi delle Pandette di ULPIANO e di PAOLO non possano riferirsi alla *superscriptio testium*, ed abbiano tutt'altro significato. Secondo lui è fuor di dubbio che i due testi delle Pandette non parlino del testamento civile perchè in questo non vi sono mai stati i suggelli dei testimoni, la *mancipatio* che ne costituiva la solennità essenziale richiedeva soltanto la presenza di cinque testimoni, ma non mai la sottoscrizione o il suggello di essi. I testi dunque non possono riferirsi che al testamento pretorio: e a questo si riferisce anche la L. 30 Dig. h. t. di PAOLO:

« Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit quis et cuius testamentum signaverit ».

Questo frammento si è fin ora inteso come riferentesi alla *subscriptio*, ma ciò non può essere, a dire del GUYET, perchè il testamento pretorio

⁹⁷⁾ THIBAUT, *System des Pandektenrechts* (Sistema del diritto delle Pandette) II, § 693 e nota e, 7.^a ediz., Jena 1828. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, lib. 5, § 447. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, vol. III, § 477. — BUCHER, *System der Pandekten* (Sistema delle Pandette), § 388, 3.^a ediz. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandektenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 525 e nota 6.

⁹⁸⁾ *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts* (Dissertazioni di diritto civile), Heidelberg 1829; Diss. III, pag. 29-38.

richiedeva soltanto la *signatio*, non anche la *subscriptio*. La parola *chirographum* ha qui altro significato: essa indica nel linguaggio delle fonti un documento probatorio di un qualsiasi negozio giuridico, e così il documento materiale come il contenuto di esso. *Chirographum* ha dunque lo stesso significato di *instrumentum* e significa non solo lo scritto materiale, cioè le parole scritte, nè solo il fatto di avere scritto, ma l'una e l'altra cosa insieme, cioè lo scritto e il materiale con cui si è scritto. Ora, PAOLO richiede che ogni testimone dichiararsi in uno speciale documento chi egli sia e di chi sia il testamento da lui suggellato, perocchè evidentemente *proprium chirographum* si oppone qui a *testamentum*; questa *adnotatio* dunque non deve farsi nel documento che contiene il testamento, ma in un altro, e per ciò è da concludere che nel testamento pretorio accanto al testamento stesso vi sia stato anche una specie di *rotulus testium*. Un tal *rotulus* era necessario del resto nel testamento pretorio per la ragione che questo testamento non poteva essere aperto se prima i testimoni non avessero riconosciuto i loro sigilli: ma senza un tal documento non avrebbe potuto sapersi chi fossero i testimoni da invitare per quella ricognizione. Se ciò è esatto, appare anche evidente secondo il GUYET che una *superscriptio*, quale si trova nel testamento di Manane, non era possibile nel testamento pretorio, come cosa del tutto inutile, data l'esistenza del *rotulus testium* prescritto dalla legge. Ma quando in appresso il testamento pretorio si venne a fondere con quello per mancipazione, il costume di esigere un tal documento cessò probabilmente come incomodo (e infatti le costituzioni citate non ne parlano), anche perchè facilmente si potevano conoscere i testimoni anche con altri mezzi; e così la validità del testamento non fu più fatta dipendere dall'esistenza di tale elenco dei testimoni, principalmente perchè colla *subscriptio* allora introdotta i nomi dei testimoni si potevano in ogni caso conoscere dopo l'apertura del testamento e ciò bastava, non occorrendo più che essi riconoscessero i sigilli da loro eventualmente apposti sulla legatura esteriore e poi rotti, posto che c'era la firma e l'annotazione di loro in calce al testamento stesso. In pratica poteva anche accadere che, per maggior comodità, nei testamenti consegnati chiusi ai testimoni o chiusi da loro coi loro sigilli, essi vi apponessero accanto al si-

gillo il nome a fine di esser conosciuti così alla semplice ispezione del testamento, ma una tale *superscriptio* non era necessaria nè fu affatto, sempre secondo il GUYET, condizione di validità del testamento; di ciò fa prova uno dei due frammenti di protocolli di apertura pubblicati dal MARINI⁹⁹⁾, nel quale i testimoni ora dicono: « *signaculum et superscriptionem agnoscimus* », ora invece: « *signaculum et subscriptionem agnoscimus* ».

La spiegazione che così dà il GUYET della L. 30 Dig. h. t. è certamente nuova e acuta; ma è anche resistente ad una critica minuta? Già altrove¹⁰⁰⁾ ho espresso in proposito i miei dubbi. Tutto sta nell'intendere il significato delle parole *proprio chirographo adnotare convenit*. È veramente da credere che il *proprium chirographum* fosse un documento indipendente diverso dal testamento, nel quale ogni testimone doveva dichiarare di avere sottoscritto un testamento di un determinato testatore? Il testamento pretorio richiedeva bensì, come dice il GUYET, una *signatio*, ma non anche una *scriptio*. Il testimone dunque avrebbe potuto nel *rotulus testium* dichiarare soltanto di aver suggellato il testamento; PAOLO dice infatti: *quid et cuius testamentum signaverit*. Il *proprium chirographum* dunque sarebbe una specie di *rotulus testium* accanto al testamento stesso. Ma qui si domanda: in primo luogo a che scopo fare così per una via più lunga ciò che avrebbe potuto farsi ugualmente accanto al suggello a tergo del testamento o in calce al testamento stesso? E in secondo luogo, dove si trova una qualche traccia di questo singolare istituto del *rotulus testium* esistente accanto al testamento? PAOLO certamente non vi alludeva neppur da lontano colle parole *proprio chirographo adnotare convenit*. Egli si sarebbe espresso in modo assai difettoso, perocchè il significato, che a fondamento della nuova interpretazione della L. 30 si è voluto dare alle parole *proprium chirographum*, è estraneo al linguaggio delle fonti, o almeno non è dimostrato dai testi che si citano a tal uopo¹⁾. Essi parlano

⁹⁹⁾ I papiri diplomatici, n. 14 a, pag. 115.

¹⁰⁰⁾ Vedi § 412 b; nota 43.

1) L. 41 § 2 Dig. de usuris, 22, 1; L. 47 § 1 Dig. de pactis, 2, 14; L. 27 Dig. de furtis, 47, 2; L. 11 Cod. qui potiores in pignore, 8, 17; L. 5; L. 14 § 1 Cod. de non numerata pecunia, 4, 30.

tutti di un *chirographum super pecunia mutua datum* o di una *cautio foeneratitia*, che è detta anche *epistola*, così come in italiano si direbbe scrittura d'obbligo (tedesco, *Schuldbrief*, *Schuldschein*), essi non fanno dunque al caso nostro. Una dichiarazione di testimonianza non è mai detta nelle leggi *chirographum*, uno scritto contenente una testimonianza, un *testimonium in tabulis conscriptum*, è detto nelle leggi *testatio* ²⁾, e il riunire in un così detto *rotulus* i nomi e le dichiarazioni dei testimoni si dice *testatione complecti*, in *testationem redigere*, in *testationem referre* ³⁾. Ma che cosa sono le *subscriptiones* e *signationes testium* di diverso dalle *depositiones testium*? ⁴⁾. Le parole *proprio chirographo* devono dunque anche qui intendersi, secondo l'uso generalmente noto dei classici, nel senso di *propria manu*, come credo di aver dimostrato già a sazietà poco sopra nello spiegare appunto questa legge stessa ⁵⁾. È poi per me inconcepibile come traducendo *proprio chirographo* « di propria mano » possa nascere una tautologia. Soltanto non è da tradurre col GUYET *scrivere con scrittura di propria mano*, bensì il vero significato del testo è: il testimone deve notare di propria mano chi egli sia e di chi sia il testamento da lui suggellato, e ciò naturalmente dopo il suo sigillo.

Quanto è dunque certo ormai che secondo il modo di suggellare i testamenti dell'antico diritto romano, come particolarmente era prescritto per le *tabulae ceratae* dal senatusconsulto Neroniano ⁶⁾,

²⁾ Vedi specialmente BRISSONIO, *de verborum significatione* v. *testatio*, n. 1. — SALMASIO, *Variae observationes et emendationes ad ius Atticum et Romanum pertinentes*, Lugduni Batavorum 1645, cap. 30, pag. 775 seg.

³⁾ L. 39 § 1 Dig. *de legatis III*, 32; L. 1 § 4 Dig. *de usufr. quem caveatur*; L. 8 § 2 Dig. *de operis novi nunciazione*, 39, 2. BRISSONIO, loc. cit.

⁴⁾ L. 17 Cod. *si certum pet.*, 4, 2; L. ult. Cod. *de edicto Diiri Hadriani tollendo*, 4, 35. Vedi i miei *Opuscula*, fasc. 1, pag. 73 seg.

⁵⁾ § 1415 b, pag. 420 e nota 1 (dell'ed. tedesca). Cfr. anche specialmente TERENZIO, *ad Suetonium in Vespasiano*, cap. 3, ediz. Burmann, tom. II, pagina 272 e PITISCI, *ad Suetonium, in Iulio Caesare*, cap. 17.

⁶⁾ Che il S. C. Neroniano si riferisse alle sole *tabulae ceratae* e fosse quindi applicabile a queste sole fu già mostrato dal SALMASIO, *de subscribendis et subsignandis testamentis*, cap. 10, pag. 118, cap. 27, pagg. 269-274 e dal BORHMER, *Dissertatio de testamento signato et subscripto a testibus in involucrio*, § 10 (Electa I, pag. 54). Quando più tardi si cominciò a scrivere i testamenti anche su carta o pergamena anche i testamenti scritti su tal materia furono

erano necessarie una *signatio* e una *superscriptio testium*, altrettanto è incomprendibile come si possa aver dubitato se secondo il diritto romano nuovo e il diritto tedesco possano le firme e il sigillo dei testimoni farsi validamente sull'involucro del testamento. E tuttavia ciò forma da lungo tempo oggetto di disputa fra i giuristi ⁷⁾. Jacopo Federico LUDOVICI ⁸⁾, in uno scritto occasionato da un parere nello stesso senso della Facoltà giuridica di Halle negò per primo la validità di un testamento privato scritto, firmato e suggellato dai testimoni soltanto sulla busta nella quale era contenuto. Ma Giorgio Lodovico BOEHMER in un dottissimo scritto da noi più volte citato ⁹⁾ ha dimostrato molto diffusamente la falsità di tale opinione, contro la quale poi si pronunciarono anche le Facoltà giuridiche di Gottinga e Lipsia ¹⁰⁾. Tuttavia Cristiano Ulrico GRUPEN ¹¹⁾ ha tentato nuovamente di provare che secondo il diritto romano ultimo e quindi anche secondo il diritto attuale per la validità del testamento scritto si richiede che la firma dei testimoni sia al pari di quella del testatore nel testamento stesso (*in ipsa testamenti scriptura*) e non possa farsi invece sulla busta nella quale è involto il testamento. La L. 21 Cod. *de testamentis* non parla, secondo lui, di un testamento, che sia presentato ai testimoni pel suggello e per la firma chiuso in una busta, bensì di una *scriptura testamenti consignata vel ligata, vel*

designati col nome di *tabulae testamenti*, ma quella maniera di suggellarle non vi si potè applicare perchè esse non potevano come le *tabulae ceretae* sovrapporsi l'una all'altra, bensì doveano arrotolarsi nei così detti *volumina*, come fu già sopra osservato. — Vedi GRUPEN, *Observationes*, II, § 6 pagine 138-40.

⁷⁾ Vedi WALCH, *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II, cap. 4, membr. 3, § 15, pag. 306 seg. — HUEBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. I, cap. 4. — ROTTMANN, *Observatio de testamento arcano, ad L. 21 Cod. de testamentis*, praeside F. C. Wiesen def. Wirceburgi 1781.

⁸⁾ *Dissertatio de involucro; della busta o involucro nei testamenti*, Halle 1713.

⁹⁾ Il titolo completo è: *Testamenti signati et subscripti a testibus in involucro vis et auctoritas vindicata*, Gottinga 1746.

¹⁰⁾ I pareri giuridici della Facoltà di Gottinga e di Lipsia si trovano come appendice alla citata *Dissertazione* del BOEHMER negli *Electa iuris civilis*, tom. I, pag. 78-92.

¹¹⁾ *Observationes de forma conficiendi acta. Obs. II de forma testamentorum*, §§ 6-8.

tantum clausa involutaeque. Ma fra *testamenti scriptura clausa involutaeque* e *tabulae linteae involutae et clausae* vi è, a detta sua, grande differenza. Infatti, oltre che sulle tavole di legno spalmate di cera (*tabulae ceratae*) di cui si servivano comunemente pei testamenti, i Romani solevano scrivere questi anche su carta, pergamena od altro materiale adatto, per esempio, anche su cuoio a ciò preparato. Tali testamenti si chiamavano pure in generale *tabulae* ¹²⁾, ma essi si distinguevano dagli altri per ciò che le *tabulae ceratae* avevano la forma quadrata e su queste avea luogo una speciale forma di suggellamento all'esterno introdotta dal S. C. Neroniano, mentre i testamenti su carta, pergamena, cuoio, ecc., erano avvolti come le nostre carte geografiche e arrotolati a forma di cilindro su una baccelletta di legno, onde eran dette *volumina* ¹³⁾. A queste *tabulae membranae vel chartaceae vel alterius materiae*, che ULPIANO ¹⁴⁾ distingue dai *cerati codicilli*, non si riferiva il S. C. Neroniano e solo di queste invece parlava la L. 21 Cod. *de test.*, poichè da COSTANTINO in poi le *tabulae ceratae* erano a poco a poco andate in desuetudine. Quando pertanto questa legge parla di una *scriptura testamenti clausa involutaeque* non deve intendersi in quest'espressione un testamento chiuso in busta, ma delle *tabulae* o dei *volumina* chiusi o arrotolati in sè stessi, *tabulae naturaliter clausae* ¹⁵⁾ e delle quali si diceva, quando si svolgevano, *eas naturaliter aperiri* ¹⁶⁾, *naturaliter patefactae sunt* ¹⁷⁾.

Da questo arrotolamento o avvolgimento le *tabulae membranae* e *chartaceae* presero il nome di *volumina*. *Involvere* significa infatti nella L. 21 non già chiudere in un involucrio, bensì *claudere*, *implicare*, arrotolare, avvolgere come notava già il BRISSONIO ¹⁸⁾. Tutti i *volumina* quando erano arrotolati e avvolti in sè stessi si dicevano *clausa* o *involuta*; quando erano aperti si dicevano *revoluta*

¹²⁾ L. 1 pr. Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

¹³⁾ L. 52 pr. Dig. *de legatis III*, 32.

¹⁴⁾ L. 52 pr. cit.

¹⁵⁾ L. 3 § 19 Dig. *De S. C. Silaniano*.

¹⁶⁾ L. 3 § 33 Dig. *eodem*.

¹⁷⁾ L. 10 § 1 Dig. *test. quemad. aper.* Vedi BRISSONIO, v. *naturaliter*.

¹⁸⁾ *De verborum significatione* v. *involvere*.

o aperta, come ne attestano i grammatici SERVIO¹⁹⁾ e NONIO²⁰⁾. Anche i Greci²¹⁾ hanno tradotto *involutum* nella L. 21 con ἐλκυσαν da εἶλω *plico*, *volvo*: onde ἐλκηξ, *volumen*. Questi *volumina* poteano anche constare di parecchi fogli incollati l'uno all'altro, *tabulae, seu paginae conglutinatae*, mentre quando si trattava di pergamene o di pelli, esse venivano unite l'una all'altra, *membranae consutae*²²⁾. Alla fine di un tal volume c'era un leggero bastoncino rotondo, un rotolo, *umbilicus*, di legno di cedro o di bossolo, di cipresso o di ebano oppure di avorio, fatto per avvolgervi intorno il *volumen* in modo che i due capi di esso, *capita umbilici*, di solito ornati di argento o di pietre preziose, sporgessero fuori ai due lati del volume. I *volumina* potevano poi anche essere suggellati²³⁾ e legati con fili o con nastri, ma ciò non fu mai necessario pel testatore perchè il volume comprendente il suo testamento era chiuso col semplice arrotolamento. Se dunque il testatore volea tener nascosto ai testimoni il contenuto del suo testamento bastava che egli aprisse il *volumen* soltanto sino alla prima pagina vuota, sulla quale i testimoni firmavano e suggellavano, e così non mostrava loro del testamento che ciò che era per tal fine prettamente necessario. Così s'intendono pienamente le parole della L. 21 Cod. *de testam.* 6, 23:

« Licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam .. eamque, rogatis testibus..., omnibus simul offerre signandam et subscribendam ».

La costituzione dell'imperatore TEODOSIO non fa dunque parola dell'*involutum testamenti*, sul quale i testimoni facessero la firma e il suggello, ma parla solo di *scriptura testamenti*, cioè della scrittura stessa contenente il testamento, e usa espressioni che non si adattano all'*involutum* esteriore del testamento. Anche la novella di VALEN-

19) *Ad Virgilii Aeneidos*, X, v. 256.

20) Lib. IV cap. 252 v. *involvere*.

21) HARMENOPOLUS, Περὶ τῶν νόμων (manuale legum), lib. V, tit. 1, n. 35.

22) L. 52 § 5 Dig. *de legatis* III, 32.

23) SÆTONIO, *Augustus*, cap. 102.

TINIANO III, tit. IV *de testamentis*, che tratta appunto del caso che il testatore voglia tener segreta la sua volontà, dice al § 5:

« Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari quam luce priverentur, statuimus ac iubemus, ut si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignoratione testium testamentorum firmitatibus derogetur ».

E quando qui è detto che i testimoni devono *paginas testamenti subscribere* questa espressione pure si riferisce alla scrittura stessa del testamento e non all'involucro esteriore.

È chiaro dunque, secondo il GRUPEN, essere nel testamento scritto requisito essenziale la sottoscrizione dei testimoni *in ipso testamento*, ond'è che anche pel caso in cui il testatore volesse tener segreto il contenuto del testamento, ciò era stato prescritto già prima della costituzione di TEODOSIO in un'altra degli imperatori ARCADIO e ONORIO ²⁴⁾ e, prima ancora, secondo l'insegnamento di SOEVOLA, nelle costituzioni di COSTANTINO e TEODOSIO il Grande, citate da quegli imperatori. È da notare inoltre che la L. ult. Cod. *de codicillis* richiede nella disposizione di ultima volontà una *subnotatio* dei testamenti, la quale espressione indica, sempre secondo il nostro autore, una *subscriptio in ipsis testamenti tabulis* ²⁵⁾.

L'ordinanza notarile di MASSIMILIANO I del 1512 concorda pienamente, al titolo *dei testamenti* § 7, col diritto romano. Essa è presa dalla L. 21 Cod. *de testam.* 6, 23 e deve riferirsi pertanto alla scrittura in cui è contenuto il testamento stesso, la quale il testatore esibisce chiusa e suggellata ai testimoni colla dichiarazione che essa è il suo testamento affinché la firmino e la suggellino coi loro sigilli, non accenna invece affatto che la busta o involto esteriore debba esser essa suggellata e firmata.

Questi sono gli argomenti addotti dal GRUPEN, nè certamente è stato senza fatica e pazienza che io ho potuto toglierli fuori dal caos in cui si trovavano nello scritto mezzo latino e mezzo tedesco

²⁴⁾ L. 3 Th. Cod. *de testamentis*.

²⁵⁾ PLINIO, *Epistolae*, I, ep. 10. — SVETONIO, *Caligula*, cap. 41.

di questo dotto uomo. Il suo predecessore LUDOVICI credeva però di aver trovato un argomento anche più stringente nella L. 28 Cod. *de testamentis* 6, 23 dove è detto:

« Ut scripturae testamenti, quam testator totam sua manu confecit et litterae testium, id est subscriptionis, et omnis, quae exspectatur, observatio (e con ciò non si può secondo lui alludere che alla *subsignatio*) coadunentur ».

Da queste parole deriverebbe che la *scriptio* e la *subsignatio* debbano accadere *in ipso testamento*, non quindi *in involucro*, poichè questo non è parte del testamento.

Ma come l'opinione del LUDOVICI è stata già confutata in modo esauriente dal BOEHMER, così in questo stesso scrittore si trova anche la confutazione degli argomenti addotti poi dal GRUPEN. Questi in fatto non ha portato alcuna prova nuova. I suoi argomenti sono quelli stessi già addotti assai tempo innanzi dal SALMASIO ²⁶⁾, il quale avea già spiegato nello stesso modo la L. 21 Cod. *de testam.* 6, 23 ed era stato poi confutato dal BOEHMER. Se il GRUPEN avesse letto attentamente la dissertazione di questo scrittore uscita già sette anni prima si sarebbe risparmiato l'inutile fatica. Il nuovo scritto del ROTTMANN, *de testamento arcano* ²⁷⁾, uscito dopo quello del BOEHMER, ha poi il merito di avere esposto brevemente tutte le ragioni sviluppate con maggiore ampiezza dal BOEHMER.

Si può dunque ammettere come verità ben fondata e ormai riconosciuta generalmente ²⁸⁾ che tanto i suggelli quanto le firme dei testimoni possano validamente apporsi nel testamento chiuso nella parte

²⁶⁾ *Tractatus de subscribendis et signandis testamentis*, cap. 29.

²⁷⁾ Vedi la nota 7 (a pag. 454 dell'ed. tedesca).

²⁸⁾ WESTPHAL, *Von Testamenten* (Dei testamenti), §§ 210, 214-15. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 693. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, III, § 477. — MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen R. R.* (Trattato del diritto romano attuale), § 641, 8ª ediz. — WENING-INGENHEIM, *Trattato di diritto civile comune*, II, lib. 5, § 447. — SEUFFERT, *Erklärungen zu der Lehre des Erbrechts und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* (Spiegazioni sulle dottrine del diritto di successione e della restituzione in intero), Würzburg 1820, n. 11 b, pag. 14 seg. — VALETT, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 967.

esteriore o sull'involucro o nel testamento aperto internamente: soltanto occorre che sigillo e firma non siano separati l'uno dall'altra, ma si trovino invece l'uno accanto all'altra, dovendo la firma essere anche una specie di testimonianza dell'apposizione del sigillo e una conferma della genuinità di questo ²⁹⁾. Questa teoria è anche pienamente conforme alle leggi romane; perocchè in primo luogo PAOLO insegna chiaramente nel libro 23 *ad Edictum* ³⁰⁾ che anche l'involucro su cui siano apposti i suggelli sia da considerarsi parte del testamento :

« Signatas tabulas accipi oportet et si linteo, quo tabulae involutae sunt, signa impressa fuerint ».

In secondo luogo la L. 21 Cod. *de testam.*, la quale permette ai testatori, che vogliano tener segreto il contenuto del loro testamento, di esibirlo già chiuso ai testimoni affinchè vi appongano firma e sigillo, e parla di tutti i modi di chiusura dei testamenti, diversi secondo che il testamento fosse scritto su tavole cerate o su carta, pergamena, pelle o altro materiale. Infatti le parole *signata vel ligata scriptura* si riferiscono evidentemente alle *tabulae ceratae* e al modo di chiuderle sopra descritto, del quale si hanno esempi anche nelle nuove leggi; la parola *clausa* si riferisce invece ad un *volumen testamenti* di carta o di pergamena, che si chiude coll'arrotolamento su sè stesso, e l'espressione *scriptura involuta* indica in fine il caso che il testamento sia chiuso in un involucro, caso del quale parla la L. 22 § 7 Dig. h. t., perocchè vi è certamente, come ha mostrato in modo esauriente il BOEHMER ³¹⁾, una confusione fra *involutum* e *convolutum* nella spiegazione del SALMASIO e del GRUPEN, i quali intendono le parole *scriptura involuta* come indicanti una carta od una pergamena arrotolata. Se dunque al testatore era permesso di presentare ai testimoni il testamento chiuso in qualunque modo sarebbe stato contraddittorio se esso avesse dovuto tosto essere aperto in presenza loro affinchè lo sottoscrivessero e vi apponessero

²⁹⁾ L. 30 Dig. h. t.

³⁰⁾ L. 22 § 7 Dig. *eodem*

³¹⁾ *Diss. cit.* § 20 (*Electa iuris civilis*, tom. I, pag. 65).

il sigillo. Io sono per ciò d'opinione che quando il testatore non scriva di propria mano il testamento e debba per ciò firmarlo in presenza dei testimoni, questa firma possa, secondo afferma anche l'HUEBNER ³²⁾, farsi alla pari di quella dei testimoni sull'involucro, sebbene il BOEHMER ³³⁾ ritenga invece che nel testamento non olografo la firma debba farsi nel testamento stesso. La L. 28 Cod. *de testamentis*, nella quale il LUDOVICI trova la prova fondamentale della sua opinione contraria, prescrive soltanto che nel testamento olografo non sia necessaria la sottoscrizione del testatore, ma basti che vi siano le firme e i sigilli dei testimoni: ciò significano le parole *coadunare litteras testium testatoris scripturas*. Sul luogo dove le firme e i sigilli dei testimoni debbano farsi nulla dice la legge; nè mai poi si parla di un testamento arcano.

Anche l'ordinanza notarile, che è una semplice ripetizione del diritto romano, concede al testatore di esibire ai testimoni chiusa la sua ultima volontà scritta, qualora non voglia farla conoscere, dichiarando che quello è il suo testamento; da ciò consegue essere permessi la sottoscrizione e il suggello, così per parte dei testimoni come per parte del testatore, sulla busta chiusa. E ciò è tanto meno dubbioso in quanto questa legge nulla determina sul luogo dove sottoscrizione e suggello debban farsi, ma dice solo che essi debban farsi per parte del testatore e dei testimoni *in un luogo del testamento*, quindi anche sul lato esterno, essendo sempre vera l'affermazione di TEODOSIO in L. 21 Cod. cit.: « *Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus* ».

Si è anche disputato se le firme dei testimoni debbano precedere o seguire il sigillo. È degna di nota la polemica al proposito fra Desiderio HERALDUS ³⁴⁾ e Claudio SALMASIO ³⁵⁾ condotta, a dir vero, in modo indegno dei due grandi scienziati e contrario alla dignità della scienza.

³²⁾ *Disputationes iuris civilis*, lib. I, cap. 4, pag. 63.

³³⁾ *Diss. cit.*, § 23.

³⁴⁾ *Observationes ad ius Atticum et Romanum*, lib. I, cap. 1, lib. VII, cap. 4 e seg.

³⁵⁾ *De modo usurarum*, cap. 11; *de subscribendis et signandis testamentis*, cap. 23-26, 31.

HERALDUS sostiene che il sigillo deve precedere perchè il testimone colla firma attesta *quis et cuius testamentum signaverit* ³⁶⁾. Il SALMASIO sostiene l'opposto, perocchè la firma deve essera, egli dice, *in interioribus testamenti tabulis*, il sigillo sull'esterno, *in tabulis exterioribus*, quindi quella deve preceder questo. L'HERALDUS cita a suo sostegno le parole della L. 21 Cod. *de testam.*: « *scripturam rogatis testibus... offerre signandam et subscribendam* », ma ciò, al dir del SALMASIO, non prova nulla contro di lui, perocchè poco dopo nella stessa legge il *subscribere* precede il *signare*. Anzi nella L. 8 Cod. *qui test. facere poss.* è detto espressamente, nota sempre il SALMASIO, « *et eorumdem testium manu subscriptis, dehinc consignatos tam ab eisdem testibus, quam a tabulario* ». Dietro tali argomenti o bisogna nella L. 30 Dig. h. t. leggere *subsignaverit* invece di *signaverit* o bisogna interpretare coi Basilici *signaverit* per *subscripserit*. Il WALCH ³⁷⁾ dà ragione all'HERALDUS appunto sulla base della L. 30. La questione è inutile, tanto più che l'HERALDUS non ha certamente voluto sostenere in generale che la *signatio tabularum* dovesse sempre avvenire prima della *subscriptio testium*. Se il testatore avesse presentato ai testimoni il testamento aperto sarebbe stato indifferente se prima si fosse fatta la firma o il sigillo; solo se il testamento fosse stato presentato chiuso per tenerne segreto il contenuto, il testimone avrebbe dovuto secondo la L. 30 cit. prima suggellare e poi firmare annotando di aver suggellato quel testamento; in questo senso anche il BOEHMER ³⁸⁾ concorda con l'HERALDUS. Oggi è del tutto indifferente se il sigillo sia apposto prima o dopo la firma dei testimoni, perocchè non è più necessaria una sottoscrizione con le speciali annotazioni prescritte dalla L. 30 Dig. h. t. ³⁹⁾.

In fine si domanda se nei casi in cui è richiesta la firma del testatore sia necessario che questi firmi prima dei testimoni. La risposta affermativa risulta dalle esplicite disposizioni delle leggi.

³⁶⁾ L. 30 Dig. h. t.

³⁷⁾ *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II, cap. 3, membr. 4, § 16, pag. 306.

³⁸⁾ *Dissertatio de testamento subscripto a testibus et signato in involuero*, § 17, nota b. *Electa iuris civilis*, t. I, pag. 59.

³⁹⁾ Vedi sopra pag. 424 e nota 19 ivi. Cfr. però specialmente WALCH, *Dissertatio de iusta liberos heredes instituendi forma*, Gottinga 1751, § 11.

In primo luogo infatti la L. 21 Cod. *de testamentis* prescrive espressamente che il testatore dichiarì in presenza di tutti e sette i testimoni che il testamento, ch'egli presenta perchè sia da loro suggellato e firmato, è il suo. In seguito egli deve sottoscriverlo di propria mano davanti a loro: « *quo facto*, segue la legge, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus testamentum valere ». Secondariamente la stessa legge dice che le firme e i sigilli dei testimoni debbono nel testamento scritto essere l'ultima formalità colla quale si compie l'atto. In terzo luogo si osserva che la necessità che il testatore firmi prima dei testimoni ha il suo fondamento logico nel fatto che la validità di tutto l'atto riposa appunto sull'attestazione dei testimoni: questi devono colla loro sottoscrizione attestare che sono state osservate tutte le prescrizioni della legge per la confezione di un testamento privato solenne. Or, come possono essi attestare ciò prima che il testatore abbia firmato? Il testamento sarebbe dunque nullo se i soli testimoni avessero firmato e apposto il suggello e il testatore poi avesse firmato sulla busta o fatto la soprascritta: « Questa è la mia ultima volontà », e firmato questa col suo nome ⁴⁰⁾. In fine anche l'ordinanza notarile dice al § 7 tit. *dei testamenti*: « che il testatore dichiarì espressamente ai sette testimoni essere lo scritto ch'egli presenta loro perchè lo firmino e sigillino il suo testamento, e lo sottoscriva davanti a testimoni; . . . in seguito (*alsdann*) nello stesso giorno e tempo... sia sottoscritto di propria mano dai sette testimoni e munito del loro sigillo ordinario ».

⁴⁰⁾ Di opinione diversa è il MANZ, *de testamento valido vel invalido*, tit. IV, q. 1, n. 111-112, il quale ritiene essere indifferente che la forma del testatore sia *intus* o *foris*. Anche il CLAPROTH, *Dei testamenti*, § 25, pag. 129, sembra non attribuire importanza all'ordine delle firme, perocchè egli tratta della firma del testatore solo dopo aver trattato della firma e dei sigilli dei testimoni. Vedi però HUEBNER, *Disputationes iuris civilis*, lib. 1, cap. 4, pag. 63 e seg.

§ 1416.

*Altre osservazioni sui testamenti scritti.**Data. Pluralità di esemplari.*

Già sopra fu dimostrato come nel testamento scritto non importi che i testimoni ne conoscano il contenuto, e ciò nota pure l'HELLFELD, e come siano del tutto indifferenti la lingua usata dal testatore, le espressioni, purchè intelligibili, e il materiale su cui fu scritto il testamento. Ci resta ancora da notare non essere, secondo la migliore opinione, necessaria l'indicazione del tempo in cui il testamento fu fatto ⁴¹⁾. In un frammento, *de bonis libertorum et de testamentis* tratto dal libro III ⁴²⁾ delle *Regulae* di MODESTINO che il PITHOU ha per primo restituito e lo SCHULTING ha poi pubblicato nella sua *Jurisprudentia vetus anteiustiniana*, pag. 801, è detto:

« Cum in testamentis dies et consules adiecti non sunt, non nocet, quo minus valeat testamentum ».

Nè nella L. 21 Cod. *de testam.* 6, 23 nella quale sono determinati con tanta precisione i requisiti del testamento privato scritto, nè in altra legge poi si trova mai menzionata come requisito necessario l'indicazione della data. Tuttavia tale indicazione non fu infrequente presso i Romani. SVETONIO ⁴³⁾ racconta che il testamento dell'imperatore AUGUSTO era datato *L. Planco, C. Filio cons. III Nonas Apriles*, e ULPIANO dice nella L. 2 § 6 Dig. *test. quem. ap.* 29, 2:

⁴¹⁾ Vedi HOFFMANN, *Observationes quaedam testamentariae*, Tubingae 1745, obs. 7. — WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 217. — THIBAUT, *Pandette*, II, § 693, pag. 131.

⁴²⁾ O più esattamente, secondo osserva lo SCHULTING, dal libro IX, perocchè nel libro IX *Regularum* MODESTINO trattava dei testamenti: vedi L. 28 Dig. h. t.; L. 25 Dig. *de cond. inst.*, 28, 7; L. 13 Dig. *de test. mil.*, 29, 1; L. 9; L. 32 Dig. *de legatis III*, 32. Vedi SCHULTING, *Jurisprudentia restituta*, pag. 124.

⁴³⁾ *Vita Augusti*, cap. ult. Vedi HUBER, *Dissertatio iuridica philologica de testamento Caesaris Augusti*, cap. 1 nelle *Dissertationes iuridicae et philologicae*, pars I, pag. 152.

« *Diem autem et consulem tabularum non patitur Praetor describi vel inspicere* ». Parimente gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nella L. 3 Cod. *ead.* 6, 23 dicono pel caso speciale di testamento aperto: « *Inspiciendi ac describendi, praeter diem et consulem, tibi Praetor provinciae facultatem fieri iubebit* ». C'è però da meravigliarsi che la legislazione romana così rigorosa per le forme esteriori dei testamenti non abbia prescritto ai testatori l'aggiunta della data; sembra anzi che in questo essa si sia messa in certo modo in contraddizione con sè stessa. Essa infatti riconosce ai testatori la facoltà di cambiar volontà e pone il principio che *prius testamentum rumpitur per posterius*⁴⁴⁾: ma come si può sapere, se manca la data quale sia il primo e quale il posteriore testamento? Anzi secondo il diritto civile non dovrebbe in tal caso valere nessuno dei due, perchè è regola del diritto civile *paganus cum duobus testamentis decedere nequit*⁴⁵⁾. Aggiungasi che l'indicazione della data servirebbe specialmente a giudicare della genuinità del testamento⁴⁶⁾, essendo appunto questo anche il motivo pel quale il pretore, quando all'apertura del testamento permette di prenderne copia, non permette però di vederne nè di trascriverne la data, « *ne quid falsi fiat*, dice ULPIANO⁴⁷⁾, *namque etiam inspectio materiam falso fabricando instruere potest* ». Il pretore considerava cioè che la conoscenza della data avrebbe potuto dare modo al cittadino di fare un testamento falso più recente, del quale il primo sarebbe stato rotto⁴⁸⁾. Il santo padre della Chiesa Giovanni CRISOSTOMO di Antiochia vissuto nella seconda metà del secolo quarto, sotto l'imperatore ARCADIO già nelle sue *Omellie*⁴⁹⁾ avea posto il principio che « i testamenti e tutti gli altri documenti

⁴⁴⁾ § 2 L. *quibus modis test. inf.* 2, 17.

⁴⁵⁾ WASMUTH, *Dissertatio de duobus testamentis diversis temporibus et sine die et consule signatis*, Lingae 1722, § 11 seg.

⁴⁶⁾ Vedi per es., C. 6, X *de fide instr.*, 2, 22, dove un istrumento la cui genuinità è discussa si ritiene falso principalmente perchè « *ibi maxime apparebat consumtum, videlicet in annotatione indictionis, ubi potuisset falsitas facilius deprehendi* ». Vedi anche L. 4 Cod. *de div. rescript.*, 1, 23.

⁴⁷⁾ L. 2 § 6 Dig. *test. quem. ap.* 29, 3.

⁴⁸⁾ Vedi CUIACIO, *Observationes*, III, cap. 7.

⁴⁹⁾ *Homilia II, de Oria*, ad verba: *vidi dominum circa finem*. Opera III, pag. 740 ediz. di Francoforte.

che non contengano nel principio l'indicazione del tempo della loro confezione sono nulli ». αὶ διαθήκεαι καὶ τὰ γραμματεῖαι, εἰ μὴ τῆς ὑπασιᾶς τοὺς χρόνους ᾗσαν ἐχὼν προγεγραμμένους, πάρας ἔρημα τῆς οἰκίης ἐστὶ δυνάμειος. (*Testamenta et instrumenta, nisi in principio consulatus tempora praescripta omni vi sua carent*) ⁵⁰). Lo stesso insegnava LIBONIO ⁵¹) maestro di lui. Il CUIACIO ⁵², ha però dimostrato che tali insegnamenti non rispondevano allo stato del diritto del loro tempo. Fu solo GIUSTINIANO che dichiarò necessaria l'indicazione della data della confezione del testamento in principio del testamento stesso, non però in generale, solo bensì nei testamenti degli ascendenti fra discendenti, ed una interpretazione esatta della Nov. 117, cap. 1 ha messo appunto in evidenza che in quei testamenti l'indicazione del tempo fatta in principio del testamento stesso sia da considerarsi un requisito indispensabile ⁵³). Ma se ciò è prescritto per un testamento privilegiato a maggior ragione deve esserlo per i testamenti privati ordinarii. Parecchi degli antichi scrittori lo hanno sostenuto ⁵⁴). Altri invece distinguono se il testatore abbia lasciato un solo testamento o più, e nel primo caso ritengono inutile, nel secondo necessaria l'indicazione della data ⁵⁵). Fra i moderni il WALCH ⁵⁶) ha cercato nuovamente

⁵⁰) L'interpretazione evidentemente falsa dell'HERALDUS, *Observat.*, capo ult., è stata confutata dal GOTOFREDO, *Comm. ad L. 6 Cod. Th. de testamentis* tomo I, pag. 387, ediz. Ritter.

⁵¹) *Oratio panegyrica in Iuliani consulatum*, pag. 230 ediz. Morelli.

⁵²) *Comm. ad L. 20 § et veteres*, Dig. h. t. in fine. Vedi anche SCHULTING, *Iurisprudentia anteiustinianaea*, pag. 801, nota 4.

⁵³) ANDREAE, *Beitrag zur Lehre, ecc.* (Contributo alla teoria del *testamentum parentum inter liberos*) nell'*Archivio della pratica civile* di GENSLER, MITTERMAIER e SCHWEITZER. vol. IV, n. 25, pag. 370-81. — EULER, *Dissertatio de testamento et divisione parentum inter liberos*, Berolini 1820, § 40, 41. — G. A. FRITZ, *Versuch einer historischen dogmatischen Entwicklung der Lehre von dem Testamente der Aeltern unter ihren Kindern* (Saggio di svolgimento storico dommatico della dottrina del testamento degli ascendenti fra discendenti), Giessen 1822, § 28.

⁵⁴) MUSCULO, *Communes opiniones iuris*, lit. t, art. 9. — BORRIO, *Decisiones* XXXIII, n. 27. — MASCARDO, *de probationibus*, concl. IV, n. 25.

⁵⁵) GOTOFREDO, *Comm. ad L. 3 Cod. Th. de testamentis*, tom. I, pag. 388. — MANZ, *de testamento valido et invalido*, tit. IV, q. 3, n. 7-9, pag. 261, Ulmae 1726.

⁵⁶) *Introductio in controversias iuris civilis*, sez. II, cap. 4, membr. 3, § 22, pag. 312 seg.

di dimostrare che secondo il diritto romano è necessaria l'indicazione della data nella quale fu fatto il testamento. Io dubito però della bontà de' suoi argomenti. Egli si richiama in primo luogo ai due testi sopra citati. L. 2 § 6 Dig. *test. quem. aper.* 29, 2 e L. 3 Cod. *quemadm. test. ap.* 6, 32. In nessuno dei due però è prescritta l'indicazione della data nei testamenti scritti. Essi provano bensì che, come anche oggi suole avvenire, la data si poneva⁵⁷⁾, non anche che essa fosse un requisito necessario per la validità del testamento. In secondo luogo egli nota che le costituzioni imperiali non valevano *sine die et consule* (L. 4 Cod. *de div. rescript.* 1, 23), ciò deve valere anche pei testamenti, che sono leggi private. Ma qui non è da dimenticare che la legge parla solo dei *rescripta, quae beneficia personalia sunt*, nelle altre costituzioni imperiali la mancanza della data non nuoce alla validità⁵⁸⁾. In generale poi una conclusione così eterogenea lascia luogo a molti dubbii, massime se si pensi che anche per la nascita di un diritto di obbligazione la mancanza di data nel documento con cui si stabilisce non nuoce affatto, secondo insegna TRIFONINO nel libro VIII *disputationum*⁵⁹⁾, alla validità del diritto. Nulla prova poi la testimonianza del padre della Chiesa CRISOSTOMO, che è ignorata del resto dalle leggi stesse, e infine quando GIUSTINIANO nella Novella 107 capo I prescrive la necessità della data nel testamento degli ascendenti tra discendenti ciò riposa sulla specialità della forma che GIUSTINIANO ha prescritto in tal caso agli ascendenti e sopra un motivo che a questa si ricollega, del quale parleremo a suo tempo nel libro XXIX, titolo I. GIUSTINIANO in questa novella vuole distinguere il testamento degli ascendenti fra discendenti dagli altri testamenti prescrivendo che il *parens testator* debba in quello apporre la data di propria mano, il che secondo il WALOH significherebbe che quando il testatore sia persona diversa

⁵⁷⁾ Così per es., si trova la data anche nel testamento del vescovo Gregorio Nazianzeno pubblicato dallo SPANGENBERG. *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium*, n. 11, pag. 73.

⁵⁸⁾ Cfr. la Cost. di GIUSTINIANO, *de novo Codice faciendo*, § 2, e la cost. *de Codice confirmando*, § 2. Vedi CUIACIO, *Paratitula in lib. I tit. es Cod. de div. rescript.* e PEREZ, *Praelectiones in codicem*, ad eundem tit., n. 8.

⁵⁹⁾ L. 34 § 1 Dig. *de pign. et hyp.*, 20, 1.

possa facendo scrivere il testamento da altri fare apporre da altri anche la data. Ma è evidente che GIUSTINIANO non intende dire questo e che una tale conseguenza non si può trarre secondo le regole della interpretazione⁶⁰). Se alcuno abbia fatto più testamenti in tempi diversi è consigliabile, anzi necessario che sia aggiunta la data a fine di evitare le conseguenze dannose per la validità del testamento che, come sopra riscontrammo, ne deriverebbero facilmente; in questo senso non hanno torto coloro che difendono la seconda opinione. Ma ciò è necessario soltanto per la prova, affinchè cioè si sappia quale sia il testamento più recente, non invece per ragione di solennità. Se per tanto quella prova si possa avere anche in altro modo la mancanza di data non nuoce alla validità del testamento⁶¹). È dunque sempre un'eccezione alla regola questa che nel testamento degli ascendenti fra discendenti il testatore debba apporre la data. La data è qui forma speciale di questo testamento, e poichè questa forma sostituisce le altre forme dalle quali il testamento degli ascendenti è esonerato, essa deve essere osservata con la maggiore esattezza essendo cosa diretta principalmente a riconoscere la definitiva e seria volontà del testatore di fronte alla possibilità che questi aveva di cambiare volontà durante la sua vita. Questa eccezione non fa che confermare la regola.

È dunque una semplice regola cauzionale, quella che GIUSTINIANO dà nelle sue Istituzioni al § 13 *de testamentis ordinandis* 2, 10:

« Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis quod interdum etiam necessarium est, veluti si quis navigaturus et secum ferre, et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas quae humanis necessitatibus imminant ».

Questo testo è tratto dal libro X delle Istituzioni di FLORENTINO e si trova anche nelle Pandette alla L. 24 Dig. h. t. dove però le

⁶⁰) Cfr. STRYKIO, *Tractatus de cautelis testamentorum*, cap. XV, § 42. — WEBER, *Erläuterungen der Pandecten* (Spiegazioni delle Pandette), vol. II, § 1415.

⁶¹) Vedi HOFFMANN, *Observationes testamentariae*, obs. 7, pag. 31.

parole *secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis* e le parole finali *vel propter... imminent* mancano, ciò che significa che probabilmente esse sono state aggiunte con molta cura dai compilatori delle Istituzioni. Può essere anche però che il frammento sia stato accolto completo nelle Istituzioni e abbreviato invece nelle Pandette. Fra Istituzioni e Pandette vi è anche questa differenza che nelle ultime invece di *pluribus codicibus* si legge *pluribus exemplis*. Oltre che dai commentatori delle Istituzioni questo testo è stato commentato da Andrea RIVINO o piuttosto dal THILO che è designato come *auctor* della dissertazione ⁶²).

Si possono, a quanto dicono GIUSTINIANO e FLORENTINO, fare parecchi esemplari del medesimo testamento, ma essi debbono essere tutti nella forma legale. *Duo codices* significa dunque in questo testo due esemplari del medesimo testamento fatti ambedue colle medesime formalità in modo che possano valere ambedue come originali ⁶³). Questi sono quelli designati nelle leggi come *exemplaria testamenti* in base all'uno o all'altro dei quali si può, come insegna ULPIANO nel libro 39 *ad edictum* ⁶⁴), ottenere la *bonorum possessio*:

« Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur petique posse bonorum possessio ».

Codices, tabulae testamenti, exemplaria, sono dunque espressioni equivalenti: due esemplari valgono come un testamento solo; ciò ne insegna ULPIANO nel libro 58 *ad edictum* ⁶⁵):

« Si tabulae in pluribus codicibus scriptae sint, omnes interdicto isto (de tabulis exhibendis) continentur quia unum testamentum est ».

⁶²) *Dissertatio Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias in Institutionibus imperatoris Iustiniani repertas et notis illustratas exponens*, Vitembergae 1752, § 6-11.

⁶³) Vedi SALMASIO, *Tractatus de subscribendis et signandis testamentis contra D. Heraldum*, cap. IV, pag. 45 seg.

⁶⁴) L. 1 § 5 Dig. de bon. poss. sec. tab., 37, 11.

⁶⁵) L. 3 § 1 Dig. de tabulis exhibendis, 43, 5.

Tutto ciò è confermato anche dagli esempi che seguono. SVETONIO racconta dell'imperatore AUGUSTO⁶⁶⁾ che avesse fatto quattro mesi prima della morte testamento, *duobus codicibus, partim ipsius, partim libertorum Polybri et Hilarionis manu scriptum, depositumque apud sex virgines Vestales*. SVETONIO stesso racconta parimente di TIBERIO⁶⁷⁾:

« Testamentum duplex ante biennium fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo, obsignaveratque etiam humillimorum signis ».

Questo *testamentum duplex* era un testamento solo, di cui TIBERIO avea fatto due esemplari, i quali sono detti *duo testamenta*⁶⁸⁾ nel senso stesso in cui PROPOLO⁶⁹⁾ parla di *binas tabulae testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptae*. Per *testamentum duplex* qui sono da intendere dunque due esemplari dello stesso testamento validi ambedue come originali. Ciò è confermato anche dalla Parafrasi di TEOFILO^{*)}:

Δύναται τις διχιδίμενος πολλάς ἰσοτύπως γράψαι διζήκας. οὕτω μὲν τοι, ὥστε μίαν ἐκάστην αὐτῶν κατὰ τὴν χρητοῦσαν ἐν διζήκας παρρυλαχὴν περιουῆσαι.

(« Potest quis testans plura uniformiter scribere testamenta, ita tamen ut unum quodque eorum secundum obtinentem in testamentis observationem perficiatur »).

πολλὰ διζήκας, *plura testamenta*, non sono dunque altro che vari esemplari dello stesso testamento e la parola ἰσοτύπως significa ciò che le leggi dicono anche *eodem exemplo id est. simili forma*⁷⁰⁾. Ma questi *plura testamenta* o più esemplari sono sempre da considerarsi un testamento solo, come dice anche PAPINIANO nel libro VI dei *Responsi*⁷¹⁾:

⁶⁶⁾ *Vita Octaviani Augusti*, cap. ult. Vedi HUBERO, *Dissertatio iuridica philologica de testamento Caesaris Augusti*, cap. 1 § 5 nelle *Dissertationes iuridicae et philologicae*, pars I, pag. 155.

⁶⁷⁾ *Vita Tiberii*, cap. ult. — HUBERO, *Diss. iuridica philologica de testamento Caesaris Tiberii*, cap. 1 nelle *Dissertationes cit.*, pars I, pag. 174 seg.

⁶⁸⁾ SALMASIO, *Tract. cit.*, cap. 5-8.

⁶⁹⁾ L. 47 Dig. de legatis II, 31.

^{*)} Tomo I, pag. 314 ediz. Reitz.

⁷⁰⁾ SALMASIO, *Tract. cit.*, cap. 5, pag. 63 seg. 69.

⁷¹⁾ L. 4 Dig. de his quas in test. debentur, 28, 4.

« Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit ».

Tutto ciò è fuor di dubbio quando nei due esemplari del testamento siano istituiti i medesimi eredi. Ma che è da dirsi se gli eredi istituiti siano persone diverse? Se i due codici sono stati fatti nell' medesimo tempo e colle medesime formalità valgono per un testamento solo e si può ottenere la *bonorum possessio* sulla base dell'uno o dell'altro. Così decide ULPIANO nella L. 1 § 6 Dig. de bon. poss. sec. tabulas 37, 11:

« Sed et si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque exstat, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus ».

Le leggi distinguono da *exemplar testamenti*, *exemplum testamenti* intendendo per quest'ultimo una copia presa dall'originale del testamento, questa però non ha lo stesso valore dell'originale, come appare dal seguente passo di ULPIANO, L. 1 § 7 cit.:

« Sed si unum fecerit testator quasi testamentum aliud quasi exemplum, si quidem id exstat quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit, ut Pomponius scripsit ».

Sembra però che FLORENTINO scambiasse l'*exemplar* coll'*exemplum* o che la parola *exemplum* nell'espressione *pluribus exemplis* della citata L. 24 Dig. h. t. sia usata da lui in senso improprio ⁷².

⁷²) L. 4 § 3 Dig. fam. etc., 10, 2; L. 2 Dig. de fide instrumentorum, 22, 4.

APPENDICE DEL TRADUTTORE

A L § 1405

Sul testamento estorto con violenza si è seguitato a discutere assai anche fra gli scrittori posteriori al Glück, e oltre le due opinioni da questo esposte nel testo, p. 81 sg., la semplice indegnità dell'erede autore della violenza e la nullità *ipso iure*, totale o parziale, si è sostenuta anche da molti l'opinione della rescindibilità del testamento estorto con violenza, e da alcuno [SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange* (Sulla dottrina della violenza)] quella della piena efraccia di esso per la ragione che gli atti formali non erano nel diritto romano intaccati nella validità loro pel vizio di violenza. Su tutte queste opinioni è da consultare l'ottima esposizione critica del CAPORALI, *La violenza come motivo del testamento* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. IV, pag. 1. Tutte però hanno perduto di valore dopo la pubblicazione del breve scritto del LENEL, *Das erzwungene Testament* (Il testamento estorto con violenza) nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto della fondazione Savigny, Vol. X, parte romanistica, pag. 71), il quale ha, secondo noi, per primo data la soluzione vera del difficile problema.

Il LENEL pone a base della sua trattazione il concetto che il testamento viziato da violenza fosse per diritto civile pienamente valido, per la ragione ch'esso era un atto formale, e come i negozi formali tra vivi erano validi ancorchè prodotti da violenza, così dovea esserlo il testamento, a maggior ragione anzi, posto che per esso il testatore avea nella massima parte dei casi il rimedio nella revocabilità ad arbitrio. Tuttavia questo rimedio non bastava, egli è evidente, per tutti i casi; onde il pretore dovette accordare anche pel testamento prodotto da violenza un altro rimedio generale così come l'avea accordato per gli atti fra vivi. Il rimedio non fu però: nè la *restitutio propter metum*, nè l'*actio quod metus causa*, nè l'*exceptio metus*. Questi mezzi, accordati già dal pretore all'obbligato per atto tra vivi in seguito a violenza, mal si adattavano al testamento per la ragione che mentre essi competevano allo stesso coatto e ai suoi eredi effettivi qui avrebbero dovuto concedersi invece agli eredi presuntivi, cioè a quelli che sarebbero stati eredi se il testatore non fosse stato costretto ad istituire altri; ora è questa un'anomalia di cui nessuna traccia si ha nelle fonti e non è quindi ammissibile. Il mezzo che il pretore avea per venire in aiuto agli eredi legit-

timi spogliati dal testamento prodotti da violenza consistè, secondo il LENEL, nella facoltà che egli aveva di concedere o negare la *bonorum possessio*. E come, ad esempio, il pretore, volendo proteggere il figlio emancipato contro la pur legittima preterizione del padre, non gli concedeva nè la *restitutio in integrum* nè un'azione di annullamento, bensì semplicemente la *bonorum possessio contra tabulas*, così volendo negar valore al testamento prodotto da violenza egli dovette cominciare dal negare la *bonorum possessio* in base ad esso. Questa congettura è confermata dalle nostre fonti.

Queste in fatti ci danno la prova che nell'editto del pretore i due casi di impedimento violento o doloso (*prohibere*) e di coazione (*coerere*) a fare un testamento erano considerati in un unico editto del titolo *de bonorum possessionibus* e più particolarmente sotto la rubrica *quibus bonorum possessio non competit*. (Vedasi il titolo Dig. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, 29 6, ove il fr. 1 è tolto da ULPIANO, 48, ad *Edictum* e il fr. 2 da PAOLO, 44, ad *Edictum* e appunto questi libri dei due commentarii dell'editto si riferiscono a quella rubrica. Cfr. pure LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (L'editto perpetuo. Tentativo di ricostruzione), Lipsia 1879, § 163, pag. 288). Ora come a colui che aveva dolosamente impedito di fare o di mutare un testamento era negata la *bonorum possessio* (fr. un. *quibus non competit bonorum possessio*, 38, 13), così è da credere fosse negata a colui che avesse costretto il testatore a fare un testamento, posto che i due casi erano pienamente parificati nell'editto.

La conseguenza della negazione della *bonorum possessio secundum tabulas* agli autori della coazione era che il pretore concedeva invece o la *bonorum possessio unde legitimi* agli eredi intestati o la *bonorum possessio secundum tabulas* agli istituiti in un precedente testamento, non potendo naturalmente il pretore riconoscere al testamento prodotto da violenza neppur l'effetto di annullare il testamento precedente; ond'è che ad essi spettava l'*interdictum quorum bonorum* con piena efficacia anche contro gli eredi istituiti nell'ultimo testamento e a questi ultimi invece non solo non spettava tale interdetto, ma erano anche per logica conseguenza negate dal pretore le azioni civili ereditarie.

Questi risultati più precisi trovano pure conferma, a detta del LENEL, nei pochi avanzi che ci sono stati tramandati dei Commentarii al nostro editto. Questi sono pochi frammenti (fr. 1, 2, 29, 6 fr. un. 38, 13) nei quali è considerato il solo caso dell'impedimento a testare, ma poichè i due casi *si prohibuerit* e *si coegerit* erano parificati nell'editto, così ciò che è detto del primo può estendersi all'altro. Ora nei frammenti conservatici non si accenna mai in modo esplicito alla *bonorum possessio*, nè per concederla nè per negarla, e in tutti si nega l'azione al colpevole attribuendone la quota ereditaria al Fisco. Ma quanto alla mancata menzione della *bonorum possessio* essa è certamente dovuta ai compilatori, i quali ponendo il titolo: *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, nella parte V dei Digesti, *de testamentis*, e fuori così dalla sua originaria sede nell'editto, vollero anche fare sparire ogni traccia dell'antica connessione di questa rubrica colla *bonorum possessio* e del dualismo fra diritto civile e diritto pretorio su questo argomento. E per ciò anche i compilatori sacrificarono i testi dei giureconsulti che più nettamente e apertamente si riferivano al caso e nel quale quel dualismo più chiaro si manifestava e si limitarono ad introdurre nelle Pandette quei pochi passi riferentisi a casi cadenti sotto l'editto solo per via di interpretazione estensiva e nei quali la connessione colla *bonorum possessio* era meno chiaramente indicata e più facilmente avrebbe potuto farsi sparire anche con lievi interpolazioni. Quanto poi alla negazione dell'azione e susseguente *vindicatio ad fiscum* dell'eredità nei casi d'impedimento a testare risolti nei frammenti citati, queste sono, a dire del LENEL, due disposizioni indipendenti, delle quali la prima riposa, come già si disse, nell'editto del pretore, la seconda invece è dovuta certamente ad altra fonte, a senatus-consulti o a costituzioni imperiali.

Non è dunque necessario estendere ambedue queste disposizioni al caso di coazione; e infatti il LENEL crede che la *denegatio actionis* vada estesa anche al caso di coazione, sia per la parità di trattamento dei due casi nell'editto cui allude la rubrica: *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, sia per la perfetta intima analogia di essi, non vada estesa invece l'indegnità perchè sotto questo riguardo manca l'identità di ragione. Fra il caso d'impedimento e il caso di coazione corre al contrario questa differenza, che nel primo l'eredità è tolta coll'atto di violenza a persone che il testatore avrebbe voluto istituire eredi, ma che non sono mai state designate precisamente come tali nè dal defunto nè dalla legge, mentre nel caso di coazione l'eredità è tolta o agli eredi già istituiti in altro testamento o agli eredi legittimi: nel primo caso adunque la *vindicatio ad fœdum* è logica, mancando persone a cui potere attribuire l'eredità con certezza di eseguire i voti del defunto; nel secondo invece tali persone sono già designate in modo preciso dal testatore o dalla legge e non v'è che da seguire tale designazione. — Nello stesso senso vedasi pure, su quest'ultimo punto, il nostro GLÜCK, alle pagine 82 e 83.

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE PRINCIPALI TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A

Adulterio	— 317
Apostata	— 328

C

Cieco	— 131, 315
Condannato a pena capitale	— 155
Corruzione	— 319

D

Data (nel testamento)	— 411
Diffamazione	— 327
Dolo	— 81
Donna	— 310

E

Erede (incapace di fare da testimone)	— 331
Eretico	— 328
Errore	— 77

F

Figlio di famiglia	— 175
Furioso	— 32, 315

I

Impubere	— 61, 312
Interrogazione (nel testamento)	— 128

L

Legatario (se sia capace di fare da testimone)	— 333
--	-------

M

<i>Manusfidele</i>	— 117
Muto	— 47, 316

O

<i>Octavus subscriptor</i>	— 370
Ostaggio	— 153

P

Peregrino	— 154
Prodigo	— 49, 316

S

Schiavo	— 148, 314
Sordo	— 47, 315

Sordomuto	— 41
Sottoscrizione (del testatore)	— 370
— (dei testimoni)	— 381
Suggelli	— 333

T

Testamentifazione	— 23 seg.
Testamento (concetto)	— 5 seg.
— <i>ab irato</i>	— 37
— <i>calatis comitiis</i>	— 203
— davanti al parroco	— 223
— giudiziale	— 211, 233 seg.
— in <i>prociectu</i>	— 209
— orale	— 15 seg.
— per <i>aes et libram</i>	— 258

Testamento *principi obla-*

<i>tum</i>	— 218
— privato	— 208, 257 seg.
	294
— pretorio	— 276
— pubblico	— 208
— scritto	— 15
Testimoni	— 295 seg.

U

Ubbriaco	— 36
--------------------	------

V

Violenza	— 81, 119
--------------------	-----------

Lib. I	
Tit. 1. — <i>De iustitia et iure.</i>	
L. 1 § 2	pag. 23 nota 20
Tit. 3. — <i>De legibus senatusque consultis et longa consuetudine.</i>	
L. 4	pag. 62 nota 81
L. 5	» 62 nota 81
L. 8	» 62 nota 81
Tit. 5. — <i>De statu hominum.</i>	
L. 10	pag. 312 n. 32
Tit. 7. — <i>De adoptionibus et emancipationibus, et aliis modis quibus potestas solvitur.</i>	
L. 18	pag. 150 nota 8
Tit. 9. — <i>De senatoribus.</i>	
L. 2	pag. 325.
Tit. 12. — <i>De officio praefecti urbi.</i>	
L. 1 § 1	pag. 246 nota 54
Tit. 16. — <i>De officio proconsulis.</i>	
L. 1	pag. 246 nota 57
L. 2	» 246 note 52 e 55

Tit. 18. — <i>De officio praesidis.</i>	
L. 3	pag. 246 nota 54
Lib. II.	
Tit. 12. — <i>De feriis et dilationibus et diversis temporibus.</i>	
L. 8	pag. 70 nota 12
Tit. 14. — <i>De pastis.</i>	
L. 27 § 3	pag. 105 nota 61
L. 47	» 400 n. 1
Lib. III.	
Tit. 1. — <i>De postulando.</i>	
L. 2	pag. 31 nota 74
Tit. 2. — <i>De his qui notantur infamia.</i>	
L. 2 § 2	pag. 160 nota 57
Tit. 3. — <i>De procuratoribus et defensoribus.</i>	
L. 10	pag. 75 nota 25
Tit. 4. — <i>Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.</i>	
L. 10 (ult.)	pag. 149 nota 8
Tit. 5. — <i>De negotiis gestis.</i>	
L. 31 § 3	pag. 184 nota 48

LIB. IV.

Tit. 1. — *De in integrum restitutionibus.*
L. 7 pag. 379

Tit. 4. — *De minoribus vigintiquinque annis.*

L. 3 § 7 pag. 192 nota 66
L. 3 § 10 » 179 nota 25
L. 11 § 2 » 224 nota 81

Tit. 5. — *De capite minutis.*

L. 2 § 1 pag. 355 nota 98

LIB. V.

Tit. 1. — *De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat.*

L. 12 § 2 pag. 44 nota 11

Tit. 2. — *De inofficioso testamento.*

L. 28 pag. 15 nota 76; 79

Tit. 3. — *De hereditatis petitione.*

L. 34 pr. pag. 181

Tit. 6. — *De fideicommissaria hereditatis petitione.*

L. 3 pag. 340 nota 47

LIB. VI.

Tit. 2. — *De publiciana in rem actione.*

L. 3 § 2 pag. 297

LIB. VII.

Tit. 9. — *Ususfructuarius quemadmodum caveatur.*

L. 1 § 4 pag. 401 n. 3

LIB. X.

Tit. 2. — *Familiae eriscundae.*

L. 1 § 2 pag. 181.
L. 4 § 3 » 20 nota 1, 418 n. 72

LIB. XII.

Tit. 1. — *De rebus creditis, si certum patet et de conditione.*

L. 3 pag. 105 nota 65

LIB. XIV.

Tit. 6. — *De Senatusconsulto Macedoniano.*

L. 2 pag. 179 nota 29, 348 n. 82

LIB. XV.

Tit. 1. — *Quando de peculio actio annalis est.*

L. 1 pag. 181 nota 39

LIB. XVI.

Tit. 1. — *Ad Senatusconsultum Vellejanum.*

L. 1 § 1 pag. 312 n. 29
L. 2 § 1 » 312 n. 29

LIB. XVII.

Tit. 1. — *Mandati vel contra.*

L. 11 § 13 pag. 75 nota 25

LIB. XX.

Tit. 1. — *De pignoribus et hypothecis.*

L. 34 § 1 pag. 414 n. 59

LIB. XXI.

Tit. 1. — *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris.*

L. 4 § 2 pag. 350 n. 92
L. 53 » 357 nota 2

LIB. XXII.

Tit. 1. — *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.*

L. 41 § 2 pag. 400 nota 1

Tit. 4. — *De fide instrumentorum.*

L. 2 pag. 418 n. 72

Tit. 5. — *De testibus.*

L. 2 pag. 329 nota 9
 L. 3 » 329 n. 9
 L. 10 » 336
 L. 11 » 295 nota 64
 L. 12 » 204 nota 58
 L. 14 » 289 nota 47, 304 n. 2,
 318, 322 seg.
 L. 15 § 1 » 312 n. 32, 319, 326
 L. 17 » 319
 L. 18 » 311
 L. 21 pr. » 30 nota 56, 327

Lib. XXIII.

Tit. 2. — *De ritu nuptiarum.*

L. 22 pag. 88 nota 77

Tit. 3. — *De iure dotium.*

L. 43 pr. pag. 105 nota 62

Tit. 4. — *De pactis dotalibus.*

L. 6 pag. 105 nota 61

Lib. XXIV.

Tit. 1. — *De donationibus inter virum et uxorem.*

L. 52 § 1 pag. 87 nota 81
 L. 52 § 8 » 159

Tit. 2. — *De divoritiis et repudiis.*

L. 1 pag. 168 nota 85
 L. 3 » 39

Tit. 3. — *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*

L. 14 § 1 pag. 88 nota 75
 L. 24 § 7 » 75 nota 25

Lib. XXV.

Tit. 3. — *De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus vel patronis vel libertis.*

L. 5 § 1 pag. 75 nota 25

Tit. 4. — *De inspiciendo ventre custodiendoque partu.*

L. 1 § 8 pag. 75 nota 25

Lib. XXVI.

Tit. 2. — *De testamentaria tutela.*

L. 1 pr. pag. 26 nota 40
 L. 21 » 26 nota 39

Tit. 5. — *De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent et qui et in quibus causis specialiter dari possunt.*

L. 12 § 2 pag. 49

Tit. 8. — *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.*

L. 1 § 1 pag. 357 n. 2

Lib. XXVII.

Tit. 1. — *De excusationibus*

L. 2 § 9 pag. 94 nota 6
 L. 4 § 1 » 94 nota 6
 L. 8 § 9 » 94 nota 6
 L. 10 § 8 » 94 nota 6
 L. 12 pr. » 94 nota 6
 L. 13 § 2 » 94 nota 6
 L. 30 pr. » 224 nota 81

Tit. 3. — *De tutelae et rationibus distrahendis et utiliscurationis causa actione.*

L. 1 § 1 pag. 61 nota 79, 62

Tit. 10. — *De curatoribus furioso et aliis extra minorem dandis.*

L. 1 pr. pag. 49, 54, 56, 261
 L. 10 pr. » 49

Lib. XXVIII.

Tit. 1. — *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamentum fiat.*

L. 1 pag. 6, 125 nota 28, 239
 L. 2 » 36 nota 82, 38 nota 93,
 40 nota 88

L. 3	pag. 23 nota 23
L. 4	» 9, 25 nota 32, 27, 313 n 40
L. 5	» 66, 70
L. 6 § 1	» 43
L. 7	» 44
L. 8 pr.	» 150 nota 9, 10
L. 8 § 1	» 29 nota 51, 156 nota 42
L. 8 § 2	» 29 nota 51, 155 nota 36
L. 8 § 3	» 29 nota 51, 155 nota 38
L. 8 § 4	» 29 nota 51, 155, 161 nota 61, 313 n. 40
L. 9	» 163 nota 68
L. 11	» 153 nota 26
L. 12	» 151 nota 13
L. 13	» 150 nota 9
L. 13 § 2	» 164
L. 14	» 22 nota 15; 28
L. 15	» 28
L. 16 pr.	» 14 nota 69, 26 nota 36, 148 n. 4, 176 nota 7
L. 16 § 1	» 32 nota 64
L. 17	» 35, 36 n. 82
L. 18 pr.	» 26, n. 33, 31, 49, 58 n. 60, 313 n. 40, 315
L. 18 § 1	» 30, 207 n. 21 327
L. 19	» 26 n. 34, 65, 148 n. 4, 176 n. 8, 313 n. 40
L. 20 pr.	» 270, 332, 335, 341, 345
L. 20 § 2	» 347
L. 20 § 3	» 322
L. 20 § 4	» 58 n. 59, 315
L. 20 § 5	» 319 nota 7, 322
L. 20 § 6	» 311
L. 20 § 7	» 314
L. 20 § 8	» 7 n. 42, 289 n. 50
L. 20 § 9	» 304, 316 n. 63
L. 20 § 10	» 77 n. 36, 310
L. 21 pr.	» 16 n. 84, 214 n. 45, 269 n. 66, 290
L. 21 § 2	» 295
L. 21 § 3	» 289 n. 50, 354
L. 21 § 4	» 287 n. 43
L. 22 pr.	» 350
L. 22 § 1	» 323
L. 22 § 2	» 387 n. 47
L. 22 § 4	» 384 n. 22, 393 seg.
L. 22 § 5	» 309 n. 19
L. 22 § 6	» 385
L. 22 § 7 (ult)	» 392, 407
L. 23	» 347 n. 43
L. 24	» 415, 418

L. 25	pag. 14 n. 73, 269 nota 68
L. 26	» 30
L. 27	» 350
L. 28	» 322 n. 84, 358 n. 7, 411 n. 43
L. 30	» 287 n. 43, 373, 381 seg., 393 seg., 407 seg.
L. 31	» 11 n. 58, 14 n. 71

Tit. 2. — *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.*

L. 3 § 1	pag. 92 nota 2
L. 3 § 2	» 92 nota 2
L. 14 § 1	» 79

Tit. 3. — *De iniusto, rupto, irrito facto testamento.*

L. 1	pag. 10
L. 6 § 5	» 29 nota 51, 152 nota 22
L. 6 § 6	» 29 nota 51, 156, 158
L. 6 § 7	» 29 nota 51, 167 nota 81
L. 6 § 8	» 164
L. 6 § 12	» 151 nota 11, 159 nota 56
L. 11	» 394 n. 79
L. 15	» 151 nota 3

Tit. 4. — *De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur.*

L. 4	pag. 417
------	----------

Tit. 5. — *De heredibus instituendis.*

L. 1 § 4	pag. 342 n. 57
L. 9 pr.	» 15 nota 76, 78 nota 41, 358 n. 8
L. 9 § 1	» 15 nota 76
L. 9 § 3	» 358 n. 9
L. 9 § 9	» 14 nota 75, 91, 123
L. 31 pr.	» 313 n. 41
L. 32 pr.	» 10, 91, 123, 124
L. 35	» 342 n. 58
L. 49 § 1	» 26 nota 37, 313 n. 41.
L. 58	» 16 nota 84, 269 nota 68
L. 58 § 1	» 79 nota 43
L. 62 § 1	» 78 nota 60, 91, 123
L. 68	» 91, 99 nota 32
L. 85	» 341
L. 92	» 15 nota 76
L. 93	» 80

Tit. 6. — *De vulgari et pupillari substitutione.*

L. 1 § 2	pag. 123, 333 n. 22
L. 12	» 389 n. 59
L. 20 § 1	» 269 nota 68
L. 28	» 151 nota 13
L. 41 § 8	» 342 n. 57

Tit. 7. — *De condicionibus institutionum.*

L. 25	pag. 411 nota 42
L. 27 pr.	» 21

LIB. XXIX.

Tit. 1. — *De testamento militis.*

L. 1 pr.	pag. 43 nota 8
L. 4	» 43 nota 9
L. 10	» 150 nota 9, 369 n. 74
L. 11 pr.	» 159
L. 11 § 1	» 28
L. 13	» 411 n. 42
L. 17 § 4 (ult.)	» 151 nota 17
L. 24	» 14 nota 70
L. 26	» 189, 198 nota 79
L. 40	» 358 n. 8

Tit. 2. — *De acquirenda vel omittenda hereditate.*

L. 23 § 3	pag. 157 nota 48
L. 52 pr.	» 192 nota 66

Tit. 3. — *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.*

L. 1 § 1	pag. 15 nota 78
L. 2 pr.	» 391
L. 2 § 1	» 9
L. 2 § 4	» 216 nota 54, 326 n. 95, 392
L. 2 § 6	» 412
L. 4	» 301 n. 87, 324 n. 23
L. 5	» 20, 125
L. 6	» 214 nota 47, 324 n. 23
L. 7	» 334 nota 23
L. 10 § 1	» 403 n. 17

Tit. 5. — *De Senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.*

L. 1 § 23	pag. 185 nota 76, 167 nota 81
L. 3 § 15	» 214 nota 47
L. 3 § 19	» 403 n. 15
L. 3 § 33	» 403 n. 16

Tit. 6. — *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.*

L. 1	pag. 81 nota 52, 85 nota 62, 358 n. 9, 420
L. 3	» 87, 420

Tit. 7. — *De iure codicillorum.*

L. 2 § 3	pag. 33
L. 6 § 3	» 152 nota 18
L. 7 pr.	» 352
L. 8 § 3	» 43, 153 nota 24
L. 8 § 4	» 151 nota 17
L. 9	» 28 nota 49
L. 10	» 90, 123
L. 20	» 12

LIB. XXX.

De legatis et fideicommissis (I).

L. 2	pag. 64 nota 90
L. 12	» 96 nota 29
L. 43 § 2	» 93, 98, 107
L. 44 pr.	» 180 nota 32
L. 55	» 24
L. 65 § 1	» 102 nota 46
L. 75 pr.	» 98 nota 27, 110, 113 nota 99
L. 114 § 14	» 22 nota 15

LIB. XXXI.

De legatis et fideicommissis (II).

L. 1 pr.	pag. 93, 97, 127
L. 1 § 1	» 107
L. 3	» 108, 111
L. 30	» 125 nota 27
L. 47	» 417
L. 88 § 17	» 27

LIB. XXXII.

De legatis et fideicommissis (III).

L. 1 § 1	pag. 153 nota 23
L. 7	» 98 nota 27
L. 9	» 411 nota 42
L. 11 pr.	» 366 n. 55
L. 11 § 1	» 14 nota 73
L. 11 § 5	» 99 nota 29, 110 nota 84
L. 11 § 7	» 110, 113 nota 99
L. 12	» 124 nota 27
L. 22 § 1	» 160
L. 32	» 360 n. 17, 411 n. 42
L. 39 § 1	» 36 nota 83, 118 nota 31, 401 n. 3
L. 52	» 360 n. 24, 403 n. 13 e 14
L. 102 § 1	» 358 n. 8

LIB. XXXIII.

Tit. 2. — De usu et usufructu legato.

L. 34	pag. 389 nota 55
-------	------------------

LIB. XXXIV.

Tit. 2. — De auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, vestis, vel vestimentis et statuis legatis.

L. 25 § 10	pag. 386, 37
------------	--------------

Tit. 3. — De liberatione legata.

L. 20 § 1	pag. 66
-----------	---------

Tit. 4. — De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

L. 3 § 9	pag. 104 nota 60
L. 4	» 11

Tit. 5. — De rebus dubiis.

L. 3 § 1	pag. 99 n. 29
L. 14	» 334

Tit. 8. — De his quae pro non scriptis habentur.

L. 1	pag. 84 nota 60
L. 2	» 14 nota 74

Tit. 9. — De his quae ut indignis auferruntur.

L. 14	pag. 12 n. 65
-------	---------------

LIB. XXXV.

Tit. 1. — De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.

L. 19	pag. 96 nota 19
L. 29	» 107
L. 33 pr.	» 78 nota 39
L. 52	» 92, 95, 102 segg. 107, 109 n. 80
L. 55	» 97 nota 24, 104 n. 63
L. 69	» 102 nota 46

Tit. 2. — Ad legem Falcidiam.

L. 1 pr.	pag. 148 nota 3
L. 17	» 151 nota 17
L. 11 pr.	» 180, 182
L. 92	» 151 nota 17

LIB. XXXVI.

Tit. 1. — Ad Senatusconsultum Trebellianum.

L. 1 § 2	pag. 340 n. 47
L. 1 § 6	» 190 nota 60
L. 3 § 5 (ult.)	» 358 n. 9
L. 16 § 11	» 192 nota 66
L. 27 § 7	» 340 nota 47
L. 29	» 342 n. 57
L. 44 § 1	» 340 nota 47
L. 50	» 192 n. 66
L. 65 § 3	» 44 nota 11

Tit. 2. — Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.

L. 6 pr.	pag. 110 nota 85
L. 22 pr.	» 99 nota 30

LIB. XXXVII.

Tit. 1. — De bonorum possessionibus.

L. 3 § 5	pag. 190 nota 60
L. 6 § 2	» 368

Tit. 4 — *De bonorum possessionibus contra tabulas.*

- L. 2 pag. 159 nota 56
 L. 8 § 6 » 346 n. 76
 L. 19 » 359 nota 16

Tit. 6. — *De collatione bonorum.*

- L. 1 § 22 pag. 75 nota 25, 179 nota 26

Tit. 11. — *De bonorum possessionibus secundum tabulas.*

- L. 1 pr. pag. 361, 403 n. 12
 L. 1 § 1 » 369 n. 60
 L. 1 § 2-4 » 283 nota 33
 L. 1 § 5 » 416
 L. 1 § 6 » 388 n. 52, 418
 L. 1 § 8 » 26 nota 35, 29, 40 nota 97, 65, 313 n. 40
 L. 1 § 10 » 393 n. 74
 L. 2 § 7 » 84
 L. 4 » 361 n. 27
 L. 8 § 4 » 269 nota 70
 L. 11 § 2 » 159 nota 56
 L. 12 (ult.) » 12 nota 65

LIB. XXXVIII.

Tit. 2. — *De bonis libertorum.*

- L. 23 § 1 pag. 163 nota 76
 L. 29 » 112 nota 97

Tit. 8. — *Unde cognati.*

- L. 9 § 1 pag. 43

Tit. 12. — *De veteranorum et militum successione.*

- L. 1 pag. 158 nota 54, 161
 L. 2 » 161

Tit. 13. — *Quibus non competit bonorum possessio.*

- L. un. pag. 420

Tit. 17. — *Ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum.*

- L. 10 pr. pag. 180 nota 34

LIB. XXXIX.

Tit. 2 — *De operis novi nuntiatione*

- L. 8 § 2 pag. 401 n. 3

Tit. 5. — *De donationibus.*

- L. 7 §§ 4-5 pag. 205
 L. 7 § 6 » 190 nota 60
 L. 9 § 2 » 205

Tit. 6. — *De mortis causa donationibus et capionibus.*

- L. 11 pag. 205
 L. 18 » 205 nota 14
 L. 25 § 1 » 203 nota 7, 204
 L. 27 » 13 contronota b

LIB. XL.

Tit. 1. — *De manumissionibus.*

- L. 1 pag. 74 nota 24

Tit. 5 — *De fideicommissariis libertatis.*

- L. 16 pag. 112
 L. 46 § 2 » 93, 96, 100, 101, 112
 L. 46 § 3 » 110
 L. 56 (ult.) » 389 n. 59

Tit. 7. — *De statu liberis.*

- L. 29 § 1 pag. 51
 L. 40 § 3 » 288 nota 46

Tit. 9. — *Qui et a quibus manumissi liberi non sunt et ad legem Aeliam Sentiam.*

- L. 7 pag. 151 nota 17

LIB. XLI.

Tit. 1. — *De acquirendo rerum dominio.*

- L. 33 pr. pag. 186

Tit. 3. — *De usurpationibus et usucapionibus.*

- L. 44 § 7 (ult.) pag. 150 nota 10

Tit. 7. — *Pro legato.*

- L. 7 pag. 26 n. 37

LIB. XLII

Tit. 5. — *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis.*

- L. 19 pag. 35 nota 74
L. 21 » 35 nota 74

LIB. XLIII.

Tit. 5. — *De tabulis exhibendis.*

- L. 3 § 1 pag. 416
L. 3 § 5 » 384 n. 3
L. 3 § 9 » 32 nota 63

LIB. XLIV.

Tit. 3. — *De diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum.*

- L. 15 pag. 70 nota 13

Tit. 7. — *De obligationibus et actionibus.*

- L. 8 pag. 99 note 29 e 31, 109
nota 81

LIB. XLV.

Tit. 1. — *De verborum obligationibus.*

- L. 11 § 1 pag. 99 nota 31
L. 17 » 99 nota 21
L. 27 § 1 » 99 nota 31
L. 46 § 3 » 99 nota 31
L. 91 § 3 » 47
L. 99 § 1 » 49 nota 31
L. 103 § 1 » 99 nota 29
L. 138 § 1 » 106 n. 61, 106

Tit. 3. — *De stipulatione servorum.*

- L. 18 pr. pag. 182

LIB. XLVI.

Tit. 3. — *De solutionibus et liberationibus.*

- L. 98 § 3 pag. 180 nota 32

Tit. 6. — *Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.*

- L. 2 pag. 150 n. 8

LIB. XLVII.

Tit. 2. — *De furtis.*

- L. 21 pag. 296 n. 70
L. 27 » 400 n. 1
L. 52 § 29 » 94 nota 5

Tit. 10. — *De iniuriis et famosis libelli.*

- L. 5 § 6 pag. 207 nota 21
L. 5 § 9 » 30 nota 56, 327
L. 12 » 30
L. 10 » 207 nota 21
L. 19 » 30

LIB. XLVIII.

Tit. 1. — *De publicis iudiciis.*

- L. 1 pag. 151 nota 25, 325 n. 90
L. 3 » 167 nota 81
L. 7 » 325

Tit. 4. — *Ad legem Iuliam maiestatis.*

- L. 11 pag. 163

Tit. 10. — *De lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano.*

- L. 1 § 8 pag. 288 nota 45
L. 2 » 12 nota 63
L. 5 » 288 nota 45
L. 13 » 358 n. 9
L. 15 » 288 note 45 e 46, 358
n. 9
L. 22 § 10 358 nota 9

Tit. 11. — *De lege Iulia repetundarum.*

- L. 3 pag. 319 nota 70
L. 6 § 1 » 320

Tit. 19. — *De poenis*

- L. 2 § 2 pag. 164 nota 77
L. 8 § 2 » 160 nota 57
L. 10 § 1 » 162 nota 67
L. 12 » 162 nota 67
L. 17 » 157 nota 48
L. 18 § 1 » 155 nota 39
L. 29 » 162 nota 67
L. 38 § 1 » 160 nota 57

Tit. 20. — *De bonis damnatorum.*

- L. 1 pr. pag. 155 nota 40, 151 nota 61,
170 nota 89
L. 1 § 3 » 172 nota 94
L. 2 » 162 nota 67
L. 7 » 172 nota 97

Tit. 21. — *De bonis eorum qui ante sententiam vel mortem sibi conscierunt vel accusatorem corruperunt.*

- L. 3 pr. pag. 165
L. 3 § 1 » 165 nota 78
L. 3 § 2 » 165 nota 78
L. 3 § 3 » 165 nota 78
L. 3 § 4 » 167 nota 81
L. 3 § 8 (ult.) » 167 nota 82

Tit. 22. — *De interdictis et relegatis et deportatis.*

- L. 9 § 3 pag. 155 nota 39

LIB XLIX.

Tit. 4. — *Quando appellandum sit et intra quae tempora.*

- L. 1 § 11 pag. 337

Tit. 14. — *De iure fisci.*

- L. 10 pag. 82
L. 31 » 153 nota 27
L. 32 » 154 nota 29
L. 45 § 1 » 163 n. 68

Tit. 15. — *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus.*

- L. 4 pag. 151 nota 13
L. 5 § 2 » 151 nota 12
L. 10 pr. » 151 nota 13
L. 12 § 5 » 152
L. 18 » 151 nota 13
L. 19 pr. » 151 nota 12
L. 22 » 151 nota 16

Tit. 16. — *De re militari.*

- L. 2 pag. 159 nota 53
L. 3 § 10 » 160 nota 57
L. 6 » 158 nota 53
L. 7 » 160 nota 57

Tit. 17. — *De castrensi peculio.*

- L. 1 pag. 179 nota 25
L. 2 » 179 nota 25, 180
L. 4 § 1 » 179 nota 30
L. 5 » 179 nota 30
L. 6 » 179 nota 30
L. 9 » 179 nota 25, 180, 187
L. 10 » 179 nota 30
L. 12 » 179 nota 30
L. 14 » 179 nota 25, 184
L. 15 § 3 » 179 nota 29
L. 17 pr. § 1 » 179 nota 25, 181
L. 28 §§ 1, 3 » 180
L. 18 §§ 4, 5 » 179 nota 29
L. 19 § 3 » 179
L. 19 § 5 » 185, 186

LIB. L.

Tit. 8. — *De administratione rerum ad civitates pertinentium.*

- L. 3 pag. 184 n. 48

Tit. 16. — *De verborum significatione.*

- L. 20 pag. 391 n. 63
L. 39 » 394 n. 83
L. 53 pr. » 26 nota 40
L. 120 » 24 nota 24, 26 nota 40,
176 nota 12, 178 nota 18
L. 130 » 11 nota 60, 261 nota 30
L. 134 » 70 nota 12
L. 137 » 68 nota 7
L. 295 § 2 » 178 nota 20, 198

Tit. 17. — *De diversis regulis iuris antiqui.*

- L. 2 pag. 312 n. 29
L. 27 » 24
L. 29 » 65 nota 92
L. 40 » 33, 49
L. 48 » 38
L. 73 § 2 » 365 n. 48
L. 77 » 105 nota 62
L. 141 § 1 » 341 n. 53
L. 156 § 2 » 389 n. 60
L. 183 » 379
L. 195 » 105 nota 63
L. 201 » 39 nota 95, 65 nota 92,
150 nota 10

b) *Codice.*

- Const. de novo codice faci-
endo § 2 pag. 414 n. 58
Const. de codice confir-
mando § 2 pag. 414 n. 58
- LIB. I.
- Tit. 2. — *De sacrosanctis ecclesiis
et de rebus et privilegiis earum.*
L. 1 pag. 15 n. 77, 64 n. 90, 77,
102
- Tit. 3. — *De episcopis et clericis et or-
phanotrophis et xenodochis, et bre-
photrophis, et ptochotrophis et asce-
teris, et monachis et privilegiis eo-
rum, et castrensi peculio, et de re-
dimendis captivis et de nuptiis cleri-
corum vetitis seu permissis.*
L. 34 pag. 20
- Tit. 5. — *De haereticis et manicheis
et Samaritis.*
L. 4 pag. 207 nota 22, 328 n. 3
- Tit. 7. — *De apostatis.*
L. 3 pag. 328 n. 3
L. 5 » 207 nota 27
- Tit. 19. — *De precibus imperatori offe-
rendis et de quibus rebus supplicare
liceat vel non.*
L. 6 pag. 236 nota 26
- Tit. 23. — *De diversis rescriptis
et pragmaticis sanctionibus.*
L. 4 pag. 414
- LIB. II.
- Tit. 19. — *De his quae vi metusve
causa gesta sunt.*
L. 6 pag. 88 nota 77
- Tit. 20. — *De dolo malo.*
L. 6 pag. 237 n. 27
- LIB. III.
- Tit. 28. — *De inofficioso testamento.*
L. 37 pag. 190
- LIB. IV.
- Tit. 2. — *Si certum petatur.*
L. 17 pag. 401 n. 4
- Tit. 19. — *De probationibus.*
L. 11 pag. 299 nota 75
- Tit. 30. — *De non numerata pecunia.*
L. 5 pag. 400 n. 1
L. 14 » 400 n. 1
- LIB. V.
- Tit. 5. — *De incestis et inutilibus nuptiis.*
L. 6 pag. 207 nota 24, 208 nota 25
- Tit. 16. — *De donationibus inter virum
et uxorem.*
L. 24 pag. 169 nota 86
- Tit. 60. — *Quando tutores vel curatores
esse debent.*
L. 3 pag. 68 nota 5
- Tit. 70. — *De curatore furiosi vel prodigi.*
L. 7 pag. 200 nota 90
- LIB. VI.
- Tit. 11. — *De bonorum possessionibus
secundum tabulas.*
L. 2 pag. 290.

Tit. 20. — *De collationibus.*

- L. 12 pag. 200 nota 90
L. 21 (ult.) » 190 nota 61

Tit. 21. — *De testamento militis.*

- L. 4 pag. 63 nota 87
L. 13 » 162
L. 18 (ult.) » 63

Tit. 22. *Qui testamenta facere possunt vel non.*

- L. 3 pag. 36
L. 4 » 62, 66 nota 96, 67
nota 1
L. 5 » 77
L. 8 » 18 nota 95, 131 seg.
148, 300 n. 86, 409
L. 9 » 34, 14 n. 73
L. 11 » 176, 192, 196 seg.
L. 12 (ult.) » 190 nota 60

Tit. 23. — *De testamentis et quomadm- dum testamenta ordinentur.*

- L. 1 pag. 330
L. 2 » 167 nota 81, 214 no-
ta 48, 216 nota 55
L. 3 » 412
L. 4 » 78 nota 35
L. 5 » 15 nota 76, 78 nota 42
L. 8 » 289 nota 50
L. 9 » 131 nota 45, 239 no-
ta 29, 299 seg.
L. 12 » 289 nota 50, 299, 367,
381 387 n. 46
L. 13 » 25
L. 14 » 12
L. 15 » 36 nota 83, 285, 379,
214 nota 46 e 48, 256
L. 18 » 211, 214 nota 46, 216
seg., 236 seg., 253 seg.
L. 21 pr. » 16 nota 82, 84, 137
nota 62, 144 nota 87,
146 nota 93, 148, 239
nota 30, 276, 301 n. 87,
354, 358 n. 4 369 n. 66,
370 seg., 395 seg. 404
L. 21 § 2 » 16 nota 84, 358 n. 5
L. 21 § 3 » 326 n. 96, 367
L. 22 » 325

- L. 23 pag. 257 n. 3
L. 26 » 16 nota 84, 129 no-
ta 41, 134 nota 52
L. 28 » 144 nota 87, 289, 356
377, 406
L. 29 » 129 nota 41, 359 n. 12
L. 30 » 131 nota 45, 299 n. 81,
393 n. 75
L. 31 » 255 nota 98, 373, 381

Tit. 24. — *De heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.*

- L. 4 pag. 15 nota 76, 78 nota 42
L. 13 » 341
L. 14 (ult.) » 78 nota 38

Tit. 25. — *De institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub conditione factis.*

- L. 5 pag. 89 nota 82

Tit. 30. — *De iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate.*

- L. 22 pag. 134 nota 50

Tit. 32. — *Quemadmodum testamenta aperiantur et inspiciantur et describuntur.*

- L. 1 pag. 214 nota 47
L. 2 » 216 nota 56, 237 seg.
L. 3 » 414

Tit. 33. — *De edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.*

- L. ult. pag. 401 n. 4

Tit. 34. — *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.*

- L. 1 pag. 77 nota 36, 81
L. 2 » 85 nota 62
L. 3 » 86

Tit. 41. — *De his quas poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur*

- L. 1. pag. 109 nota 83

- Tit. 42. — *De fideicommissis.*
 L. 32 (ult.) pag. 294, 293 n. 79, 303 seg.
 324 nota 89
- Tit. 43. — *Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda.*
 L. 2 pr. pag. 112 nota 96
- Tit. 51. — *De caducis tollendis.*
 L. un. § 12 pag. 12
- Tit. 56. — *Ad Senatusconsultum Tertullianum.*
 L. 7 (ult.) § 1 pag. 200 nota 90
- Tit. 59. — *Communia de successioneibus.*
 Auth. Friderici II, *omnes peregrini*, pagina 155 nota 37
- L. 11 (ult.) pag. 189 nota 57
- Tit. 61. — *De bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur et eorum administratione.*
 L. 2 pag. 200 nota 90
 L. 3 » 189 nota 57
 L. 4 » 189 nota 57
 L. 5 » 190 nota 61
 L. 7 » 193
 L. 8 (ult.) § 1 » 192, 193
 L. 8 » § 5 » 191, 193
- Tit. 66. — *De bonis maternis.*
 L. 1 pag. 178 nota 22
- LIB. VII.
- Tit. 4. — *De fideicommissariis libertatibus.*
 L. 6 pag. 112 nota 97
- Tit. 9. — *De servis reipublicae manumittendis.*
 L. 3 (ult.) pag. 149 n. 8
- Tit. 42. — *De sententiis praefectorum praetorio.*
 L. 1 pag. 80 nota 50
- Tit. 71. — *Qui bonis cedere possunt.*
 L. 7 pag. 178
- LIB. VIII.
- Tit. 17. — *Qui potiores in pignore habeantur.*
 L. 11 pag. 134 nota 50, 400 nota 1
- Tit. 54. — *De donationibus.*
 L. 27 pag. 214 nota 46
 L. 30 » 214 nota 46
 L. 31 » 214 nota 46
 L. 32 » 214 nota 46
- LIB. IX.
- Tit. 6. — *Si reus vel accusator mortuus fuerit.*
 L. 5 pag. 167 nota 81
 L. 6 » 167 nota 81
- Tit. 13. — *De raptu virginum seu viduarum, nec non sanctimonialium.*
 L. un. pag. 172 nota 92
- Tit. 22. — *Ad legem Corneliam de falsis.*
 L. 16 pag. 12 nota 63
 L. 17 » 12 nota 63
- Tit. 36. — *De famosis libellis.*
 L. un. pag. 207 nota 21
- Tit. 41. — *De quaestionibus.*
 L. 8 pag. 160 nota 57
- Tit. 49. — *De bonis proscriptorum seu damnatorum.*
 L. 2 pag. 161 nota 64
 L. 3 » 198 nota 80
 L. 8 » 172 nota 97
 L. 10 » 172 nota 97
 Auth. Bona damn. » 171 nota 90

Tit. 50. — *De bonis eorum qui mortem sibi consciverunt.*

L. 1 pag. 167 nota 81
L. 2 » 167 nota 81

LIB. XII.

Tit. 1. — *De dignitatibus.*

L. 12 pag. 325

Tit. 37. — *De castrensi peculio.*

L. 2 pag. 179 n. 30
L. 3 » 179 n. 30
L. 5 » 179 n. 27

c) *Istituzioni.*

LIB. I.

Tit. 5. — *De libertinis.*

§ 3 pag. 155 nota 35

Tit. 11. — *De adoptionibus.*

§ 4 pag. 76 n. 31

Tit. 12. — *Quibus modis ius potestatis solvitur.*

§ 4 pag. 348 n. 85
§ 5 » 151 nota 12

LIB. II.

Tit. 9. — *Per quas personas nobis acquiritur.*

§ 3 pag. 186 n. 50

Tit. 10. — *De testamentis ordinandis.*

Pr. pag. 6
§ 1 » 258, 262 nota 42, 272
§ 2 » 274 nota 95, 277
§ 3 » 268 nota 62, 274 nota 95,
280 nota 19, 284, 353
n. 96, 395 n. 88
§ 4 » 359 n. 13
§ 5 » 388 nota 49
§ 6 » 30, 304, 313 seg.
§ 7 » 27 nota 41, 330
§ 8 » 349
§ 9 » 345
§ 10 » 270, 331, 343

§ 11 pag. 333
§ 12 » 359
§ 13 » 415
§ 14 » 316

Tit. 11. — *De militari testamento.*

§ 1 pag. 14 nota 70
§ 2 » 43 nota 7, 49
§ 3 » 346 n. 77
§ 8 » 313 nota 46
§ 14 (ult.) » 19) nota 60

Tit. 12. — *Quibus non est permissum facere testamentum.*

Pr. pag. 25 nota 30, 27 nota 45,
176, 188, 313 nota 46
§ 1 » 32 nota 66, 34, 40 nota
97, 54, 57, 62
§ 2 » 49 nota 92, 51, 57, 65
nota 92
§ 3 » 54, 57
§ 4 » 132 nota 47, 143
§ 5 » 42 nota 1, 150 nota 9,
151 nota 13

Tit. 14. — *De heredibus instituendis.*

§ 2 pag. 313 nota 41

Tit. 16. — *De pupillari substitutione.*

§ 3 pag. 393 n. 75

Tit. 17. — *Quibus modis testamenta infirmantur.*

§ 2 pag. 412 n. 44
§ 4 » 29 nota 51
§ 5 » 152 nota 22

T., E. — In codicillis.

Pr.	pag.	8 data 45, 11 data 61
2	123	
3	9 data 49	

37. 3.3 : 41

TIT. 27. — *Quibus modis testamenta infirmantur.*

§ 3 pag. 342 n. 57

LIB. L. 1.

Tit. 9 — De bonorum possessionibus.

§ 2 pag. 265 nota 54

Tit. 17. — De stipulatione sctorum.

pag. 156 n. 50

Tit. 23. — De fideicommissaria hereditate.

§ 3 pag. 340 n. 47, 341 n. 51
§ 4 » 340 n. 47, 341 nota 54
§ 11 » 267 nota 57

Lib. IV.

Tit. 18. — *De publicis iudiciis.*

§ 7 pag. 151 nota 15
§ 11 » 325 n. 91

2 pag. 112 nota 97
3 pag. 112 nota 96

d) *Novelle.*

Nov. 90 pag. 328
Nov. 107 „ 143 n. 81, 368 n. 64
Nov. 115 „ 342 n. 59
Nov. 117 „ 171 n. 91, 192, 194
 seg. 413
Nov. 118 „ 189 n. 57
Nov. 119 „ 359 n 14
Nov. 128 „ 202
Nov. 134 „ 170 n. 90, 172, 174

e) *Istituzioni di GAJO.*

	LIB. I.	§ 109	paz. 281 n. 24
		§ 113	» 25 nota 31, 61 n. 79
» 21	pag. 148 n. 3		67
» 23	» 148 n. 3, 155 nota 34	§ 114	» 25 n. 32, 43 n. 8
» 25	» 148 n. 3	§ 118	» 69 n. 8, 177 n. 13
» 119	» 262 seg.	§ 120	» 279
» 129	» 151 n. 12	§ 121	» 280
» 145	» 63 n. 83, 68 n. 7,	§ 124	» 261 n. 30
	262 n. 34	§ 147	» 277
		§ 148-49	» 278
	LIB. II.	§ 181	» 3·9 n. 57
		§ 197	» 111
35	pag. 265	§ 224	» 176 n. 12, 178 n. 18
» 52-57	» 283 n. 30	§ 235	» 107 n. 82
» 101	» 209 n. 30, 257 n. 5	§ 253	» 266 n. 55
» 102	» 258, 263	§ 281	» 366 n. 54
» 103	» 259 n. 17, 264	§ 285	» 267 n. 57
» 104	» 24, 51, 262 n. 40, 264,		
	281 n. 23		LIB. III.
» 105	» 264, 270 n. 73, 272,		
	281, 345	§ 32	pag. 266 n. 57
» 106	» 272, 345	§ 75	» 148 nota 3
» 107	» 270 n. 73	§ 119	» 277
» 108	» 262 n. 44, 264, 270		
	n. 16, 332 n. 19, 335		

f) PAOLO (*Sententiae receptae*).

	LIB. III.		Tit. 7
	Tit. 4.		pag. 151 nota 15
	pag. 131 nota 46		Tit. 8.
	Tit. 4 a.	§ 2	paz. 279
» 1	pag. 66 nota 97, 76 nota 28	§ 24	» 157 nota 49
» 2	» 56, 76		
» 4	» 300 nota 85		LIB. V.
» 8	» 150 nota 9, 151 nota 16		Tit. 25
» 9	» 155 nota 39		pag. 151 nota 15
» 13	» 305		» 390
	LIB. IV.	§ 6	
	Tit. 6		
§ 1, 2	pag. 214 nota 47, 392		

g) ULPIANO (*Liber singularis regularum*).

	Tit. X.	§ 14	pag. 148 nota 3, 155 nota 34
§ 5	pag. 63 nota 82	§ 15	» 69, 177 nota 13
		§ 16	» 149 nota 8
	Tit. XI.		Tit. XXII.
§ 14	pag. 26 nota 40, 176 nota 12	§ 1	pag. 26 nota 38
	» 177 nota 17	§ 4	» 91
	Tit. XVI.		Tit. XXIII.
§ 1	pag. 219 n. 64	§ 5	pag. 111 nota 13
	Tit. XIX.	§ 6	» 277
§ 5	pag. 50, 262 n. 43		Tit. XXIV.
	Tit. XX.	§ 11	pag. 112 nota 93
§ 1	pag. 6-7		Tit. XXV.
§ 2	» 209 nota 31, 213 nota 42, 258 seg., 271	§ 9	pag. 366 n. 54
§ 3	» 332 n. 17, 340 n. 49		Tit. XXVIII.
§ 4	» 272 nota 89	§ 6	pag. 271 nota 83, 277
§ 5	» 270 nota 73, 272		Tit. XXIX.
§ 7	» 312	§ 3	pag. 68 nota 7
§ 8	» 313	Fr. 50	» 282
§ 9	» 8, 43, 51, 268		
§ 10	» 148 nota 3, 177, 200		
§ 13	» 43 nota 5, 50, 61 nota f, 315		

h) TROFILO (*Institutionum graeca Paraphrasis*).

	LIB. II.	§ 9	pag. 177, 272 nota 91
		§ 14	» 317
	Tit. 10. — <i>De testamentis ordinandis</i> .		Tit. 12. — <i>Quibus non est permissum facere testamentum</i> .
Pr.	pag. 7	Pr.	pag. 176 nota 9, 177, 191
§ 1	» 211, 213 nota 41, 258 nota 7, 273	§ 3	» 53
§ 6	» 31		
§ 7	» 330 n. 10		

i) *Codice Teodosiano.*

LIB. II	
Tit. 19. — <i>De inofficioso testamento.</i>	
L. 6	pag. 220-21
LIB. IV.	
Tit. 4. — <i>De testamentis et odio illis.</i>	
L. 3 § 1	pag. 274 n. 2, 286 n. 41, 291, 405 n. 24
L. 3 § 3	> 335
L. 7	> 284
LIB. VIII.	
Tit. 17. — <i>De iure liberorum.</i>	
L. 4	pag. 219

LIB. IX.	
Tit. 42. — <i>De bonis proscriptorum.</i>	
L. 8, 10	pag. 172 nota 97.
LIB. X.	
Tit. 3. — <i>De locatione fundorum.</i>	
L. 7	pag. 225 n. 86
LIB. XI.	
Tit. 29. — <i>De relationibus.</i>	
L. 6	pag. 225 n. 86.

INDICE

LIBRO VENTOTTESIMO.

TITOLO I.

Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant.

Introduzione	1
§ 1399 a. Concetto del testamento. Interpretazione della l. 1 Dig. h. t.	5
§ 1400. Subietto del testamento. Requisiti della determinazione e della dichiarazione di volontà	13
§ 1401. Testamento scritto e testamento orale	15
§ 1402. Religiosità e forza legale dei testamenti	20
§ 1403. La <i>testamenti factio</i> è <i>iuris publici</i> . Interpretazione della l. 3 Dig. h. t.	23
§ 1404. Testamentifazione attiva. Chi possa testare	27
§ 1404 a. Chi sia incapace di testare	32
§ 1404 b. Segue, degli incapaci di testare. Sordi e muti	41
§ 1404 c. Prodighi giudicialmente interdetti	49
§ 1404 d. Impuberi. Pubertà come requisito per fare testamento	61
§ 1405. Libertà di volere. Errore, dolo, violenza. Delle disposizioni di ultima volontà che sono l'effetto di pressioni	77
§ 1406. Se la disposizione di ultima volontà possa esser rilasciata all'arbitrio di un terzo o riposta nella volontà di altri	90
§ 1406 a. Se questi principii del diritto antico siano stati modificati nel diritto giustiniano o nel diritto canonico	113
§ 1406 b. Del vero punto di vista dal quale va considerata la costituzione del pontefice Innocenzo III in cap. 13 X <i>de testamentis</i> , e della sua odierna inapplicabilità	115
§ 1406 c. Se sia valido un testamento fatto in risposta all'interrogazione di un terzo	128
§ 1406 d. Del testamento del cieco	131
§ 1406 e. Testamento di colui che non sa scrivere	144

§ 1407. Mancanza dello <i>status</i> richiesto per testare	148
§ 1407 a. Testamento di coloro che si trovano nella patria potestà	175
§ 1408. Forma dei testamenti. Forma esterna e forma interna e distin- zione che ne deriva fra le varie specie di testamenti. Testamenti regolari e irregolari, pubblici e privati	208
§ 1408 a. Testamento davanti al parroco e a due testimoni	228
§ 1408 b. Diverse specie di testamenti privati	232
§ 1409. Il testamento giudiziale secondo la pratica odierna. Se la presenza del testatore sia assolutamente necessaria nel testamento pubblico.	233
§ 1410. Particolarità del testamento giudiziale	243
§ 1411. Forma del testamento giudiziale	248
§ 1411 a. Se un testamento giudiziale perda la validità per il fatto che sia stato ritirato dagli atti	252
§ 1412. Testamenti privati regolari. Breve storia della loro nascita se- condo l'antico diritto civile, il diritto pretorio e le costituzioni imperiali	257
§ 1412 a. Forma più moderna del testamento per <i>aes et libram</i> . Testa- mento pretorio	267
§ 1412 b. Ravvicinamento e fusione dei due testamenti civile e pretorio.	285
§ 1412 c. Forma attuale del testamento privato regolare	294
§ 1413. Presenza dei testimoni e loro qualità	295
§ 1413 a. Qualità dei testimoni (Continuazione)	310
§ 1414. Unità dell'atto	353
§ 1415. Formalità particolari al testamento scritto	358
§ 1415 a. Sottoscrizione del testatore o di un ottavo testimone	370
§ 1415 b. Sottoscrizione e sigillo dei testimoni	381
§ 1416. Altre osservazioni sui testamenti scritti. Data. Pluralità di esem- plari	411
Appendice del traduttore al § 1405	419
Indice alfabetico	423
Indice delle fonti	425

ERRATA-CORRIGE.

Pag. 152 — La nota del Traduttore ivi segnata colla lettera *l* deve riferirsi alla nota 20
anzi che alla nota 21.

27 11 1912

